Die Haftung eines Gesellschafters der G. m. b. H. bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens

---

Inaugural-Dissertation

eingereicht der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Geiser

von Langenthal

Bern — Buchdruckerei Gustav Grunau & Cie. — 1944

Die Haftung eines Gesellschafters der G.m.b.H. bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens

---

Inaugural-Dissertation

eingereicht der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Geiser

von Langenthal

Bern — Buchdruckerei Gustav Grunau & Cie. — 1944

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Fakultät hat diese Arbeit am 27. Januar 1944 auf Antrag von Prof. Dr. H. Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

Printed in Switzerland

Inhaltsangabe

Seite

Literatur VII
Vorwort X

Einleitung

§ 1. Der Begriff der Sacheinlage 1

§ 2. Der Gegenstand der Sacheinlage 3

I. Allgemeines 3
II. Die Erfordernisse des Sacheinlagegegenstandes 4
III. Die Objekte im Einzelnen 5
IV. Einlagefähigkeit und Mangelhaftigkeit 7

§ 3. Die rechtliche Natur des Sacheinlageversprechens 7

1. Kapitel

Der Leistungsverzug des Sacheinlegers 10

§ 4. Die gesetzlichen Grundlagen des Sachleistungsverzuges 10

I. Problemstellung 10
II. Der Zeitpunkt der Apportsleistung 11
III. Die Anwendbarkeit der allg. Verzugsregeln 14

§ 5. Begriff und Bedeutung des Sacheinlageverzuges 17

§ 6. Die Voraussetzungen des Sachleistungsverzuges und die Voraussetzungen der Verzugsfolgen 18

I. Die Voraussetzungen des Sachleistungsverzuges 18
II. Die Voraussetzungen der Verzugsfolgen 19

§ 7. Die Wirkungen des Verzuges 20

I. Allgemeines 20
II. Die Klage auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung . . . 21
III. Die Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung 23

Seite

IV. Der Rücktritt vom Vertrage 25
V. Die weiteren Folgen des Verzugs, insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Sacheinlegers 28
VI. Zusammenfassung 31

2. Kapitel

Die Unmöglichkeit der Sachleistung 32

§ 8. *Die Haftung für den zufälligen Untergang der Sache* 32

I. Allgemeines 32
II. Die Voraussetzungen 34
III. Die Haftung für Spezieseinlage 34
IV. Die Haftung für die Gattungseinlage 35
V. Die Haftung für Einlagen mit Versendung 36
VI. Die Haftung für Einlagen von Grundstücken 37
VII. Die weiteren Rechtsfolgen 38

§ 9. *Die ursprüngliche Unmöglichkeit der Sacheinlage* 39

I. Objektive Unmöglichkeit von Anfang an 39
II. Subjektive Unmöglichkeit von Anfang an 41

§ 10. *Die nachträgliche Unmöglichkeit der Sachleistung* 42

I. Allgemeines 42
II. Objektive nachträgliche Unmöglichkeit mit Verantwortung des Sacheinlegers 43
III. Subjektive nachträgliche Unmöglichkeit mit Verantwortung des Sacheinlegers 45

§ 11. *Wesen und Ermittlung der Schadenersatzansprüche* 45

3. Kapitel

Die mangelhafte Leistung der Apports 49

§ 12. *Begriff und Wesen der mangelhaften Sachleistung* 50

I. Allgemeines 50
II. Die Rechtsmängel 50
III. Die Sachmängel 51
IV. Der massgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein von Mängeln . . 53

§ 13. *Die Grundsätze der Mängelhaftung* 53

I. Die Haftung von Gesetzes wegen 54
II. Die Haftung aus vertraglicher Zusicherung 55
III. Die Haftung für arglistige Täuschung 56

Seite

§ 14. *Die Voraussetzungen der Mängelhaftung* 56

§ 15. *Die Rechtsfolgen der Mängelhaftung* 60

I. Die Haftung des Inferenten für Mängel im Rechte 60

II. Die Haftung des Inferenten für Sachmängel 63

§ 16. *Die Haftung für den wahren Wert der Sacheinlage* 69

§ 17. *Das Verhältnis der verschiedenen Klagen unter sich und deren Verjährung* 71

I. Das Verhältnis der Klagen unter sich 71

II. Die Verjährungsfristen der behandelten Klagen 73

Schlusswort 75

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546501_0009

Literaturverzeichnis

Becker: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Bd. VII: Die G. m. b. H. Bern 1939. — Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Bd. VI: OR II. Teil, Bern 1934.

Bergmann: Die Sacheinlagen bei der G. m. b. H., Diss. Köln 1932.

v. Braun: Schweizerisches und Deutsches Recht der G. m. b. H., Diss. Königsberg 1929.

Brodmann: Gesetz betreffend die G. m. b. H., Berlin und Leipzig, 2. Aufl. 1930.

Cahn: Die G. m. b. H. im Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1899.

Crisolli: Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. ZHR 93 226.

Dahlgrün: Die Sachgründung einer A.-G. und die Frage der Zulässigkeit einer Vermeidung oder Umgehung der für sie aufgestellten Vorschriften. Diss. Göttingen 1930.

Domm: Welchen Grundsätzen unterstehen die in Gesellschaftsverträgen von A.-G. und G. m. b. H. vereinbarten Sacheinlagen. Diss. Giessen 1911/12.

Egger: Die G. m. b. H. in SJZ 34, S. 193 ff.

Egli: Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Diss. Zürich 1926.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1929.

Fanconi: Die Haftung des Mitgliedes einer G. m. b. H. nach schweizerischem und deutschem Rechte, Diss. Bern 1939.

Fehr: Das dynamische Element im kommenden schweizerischen Handelsrecht, in Festschrift für K. Wieland 1934. Separatabdruck.

Feine: Die G. m. b. H. in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts.

Fick: Die verschleierte und schieberhafte Gründung von A.-G., Zürich 1922, in Schweizer Zeitfragen, Heft 57.

Frick: Die Frage der Einführung einer G. m. b. H. in der Schweiz, Diss. Zürich 1915/16.

Gegenbauer: Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der A.-G. und dem Stammkapital der G. m. b. H., Diss. Bern 1932.

Gmür: Kommentar zum ZGB, 1. Bd., Bern 1919, 2. Aufl.

Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. 1937.

Graner: Die Kapitalherabsetzung nach rev. OR in SAG, 10. Jahrgang.

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 1926, 2. Aufl.

Hafner: Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. 1905.

Haux: Sacheinlagen bei der G. m. b. H., Diss. Heidelberg 1914.

Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, 1. Bd., Berlin 1912.

Hoffmann: Beiträge zur Apportgründung der A.-G., Diss. Bern 1925.

Huber: Die qualifizierte Gründung der G. m. b. H., Diss. Bern 1939.

Jäger: Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache, Diss. Zürich 1911.

Kaufmann: Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen G. m. b. H., Diss. Zürich 1940.

Lehmann-Ring: Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1913.

Lemp: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939.

Molitor: Die ausländische Regelung der G. m. b. H., Berlin 1927.

Neuenschwander: Pflichten und Rechte der Mitglieder einer G. m. b. H., Diss. Bern 1940.

Neukamp-Becker: Reichsgesetz betr. die G. m. b. H., 7. Aufl., Berlin 1922.

Noppel: Der Sacheinlagevertrag bei der Gründung von A.-G., Diss. Heidelberg 1912.

Oser: Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. V: Das Obligationenrecht, Zürich 1915.

Oser-Schöneberger: Das Obligationenrecht. I. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1929. 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1936.

Pisko: Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware, Wien und Leipzig 1926.

Pleuss: Haftung der Gesellschafter einer G. m. b. H. bei mangelhaften Sacheinlagen, Diss Erlangen 1934.

Rossel: Manuel de droit fédéral des obligations, 4e éd., Lausanne-Genève 1920.

Schertz: Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger in der G. m. b. H., Diss. Frankfurt a. M. 1934.

Schmiedt: Sacheinlagen bei der G. m. b. H., Leipzig 1933.

Schneider-Fick: Kommentar zum Schweizerischen OR, Zürich 1915.

Schoch: Die Haftungsverhältnisse bei der G. m. b. H., Diss. Zürich 1929.

Schuncke: Die Verpflichtungen der Gesellschafter einer G. m. b. H. zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals, Leipzig 1916.

Simon: Die Bilanzen der A.-G., 3. Aufl., Berlin 1898.

Staub-Hachenburg: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Berlin 1913.

Staub-Pinner: Kommentar zum HGB, Berlin 1883; 24. Aufl., 2. Band.

Syz: Die Einzahlungsarten der Bareinlagen bei der A.-G. und der G. m. b. H., Diss. Zürich 1935.

v. Thur: Allgemeiner Teil des schweizerischen OR 1924.

Tuor: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1934 und 1940.

Voser: Der Schuldnerverzug im schweiz. OR, Diss. Zürich 1914.

Weiss: Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum ZGB und OR, Zürich.

Wieland K.: Die G. m. b. H., In ZSR, Bd. 14.

Wieland K.: Die Apportsgründung der A.-G., ZSR 1923.

Zeitschriften:

ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.
JZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
SZ	=	Schweizerische Zeitfragen, Verlag Orell-Füssli.
Bbl	=	Bundesblatt, Bd. 89 (1937) II. Teil, S. 812 ff.
SAG	=	Die schweizerische A.-G., 10. Jahrgang.
BGE		Sammlung der Bundesgerichtsentscheide.
Pra BG		Praxis des Bundesgerichtes.
RG	=	Sammlung der Reichsgerichtsentscheide.
Protokoll	=	Protokoll der Sitzungen der eidg. Expertenkommission zur Revision des alten OR.
Entwurf	=	von Huber 1919.

Gesetze:

Schweizerisches Obligationenrecht v. 30. März 1911/18. 12. 36.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

Vorwort

Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind genötigt, weil sie nicht wie Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften über genügenden Personalkredit verfügen, ein Grundkapital in bestimmter Höhe zu errichten, das ihren Gläubigern als Garantiefonds dienen kann. Damit diese Garantiefunktion nicht illusorisch bleibe, stellt das Gesetz über die G. m. b. H. bestimmte Schutzregeln auf. Diese bezwecken in erster Linie, dass das Stammkapital tatsächlich aufgebracht wird. Da das Stammkapital ausserdem noch die Grundlagen der Geschäftstätigkeit der G. m. b. H., der weiteren Kredite und der Mitgliedschaft bei der G. m. b. H. bildet, ist es von ausserordentlicher Wichtigkeit, dass die von den Gründern übernommenen Stammeinlagen, ebenfalls in ihrem wahren Werte eingebracht werden. Stellen sich aber Unregelmässigkeiten in der Realisation der einzelnen Einlageverpflichtungen ein, so muss der gesetzlichen Ordnung auch Nachdruck verschafft werden können. Nach aussen hin haften alle Gesellschafter solidarisch für das nicht voll zustande gekommene Stammkapital. Dieses Gebiet wurde schon verschiedentlich in der schweizerischen Literatur behandelt. Die Rechtsbehelfe der Gesellschaft gegenüber dem einzelnen Mitglied jedoch, das Innenverhältnis, bedarf noch einer eingehenden Behandlung. Da sich der 12. Titel des OR in diesem Zusammenhange nur für Bareinlagen direkt äussert, ist es von besonderem Interesse, die Stellung des Sacheinlegers zu beurteilen. Es soll nun die Aufgabe dieser Arbeit sein, die Nichterfüllung und die nicht gehörige Erfüllung des Sacheinlageversprechens im Innenverhältnis der G. m. b. H. zu betrachten.

Einleitung

§ 1. Der Begriff der Sacheinlage

I. *Der Vermögensaufbau der G. m. b. H.*

Das Gesellschaftsvermögen der G. m. b. H. wird durch das Stammkapital begründet. Nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wird sich das Gesellschaftsvermögen bald vom Stammkapital distanzieren, je nach den Schwankungen des Geschäftsganges. Das Stammkapital dagegen bleibt eine feste Grösse, die zwischen Fr. 20 000.— und Fr. 2 000 000.— statutarisch festgelegt sein muss.

Das Stammkapital setzt sich zusammen aus der Summe der Stammeinlagen, die von den einzelnen Gesellschaftern zu erbringen sind [1]). Demnach ist unter Stammeinlage derjenige Vermögenswert zu verstehen, den der Gesellschafter als Gegenleistung für die ihm zu gewährende Mitgliedschaft verspricht [2]). Die Stammeinlagen bleiben, wie das Stammkapital, konstant, während die erworbenen Gesellschaftsanteile gleich wie das Gesellschaftsvermögen den Geschäftsschwankungen unterworfen sind. Die Einlagen können verschieden grosse Leistungen der Gesellschafter darstellen, doch müssen ihre Beträge auf Fr. 1000.— oder ein Vielfaches davon lauten.

II. *Der Begriff der Sacheinlage.*

Je nach der Leistungsform werden zwei verschiedene Arten von Stammeinlagen unterschieden. Erfolgt die Leistung durch Einzahlung, so wird die Stammeinlage Bareinlage genannt, erfolgt sie jedoch nicht durch Einzahlung [3]), so liegt eine Sacheinlage vor. Die Sacheinlage unterscheidet sich folglich von der Bareinlage dadurch, dass sie nicht eingezahlt werden kann. Unter Sacheinlage muss man somit denjenigen nicht einzahlbaren Vermögenswert verstehen, den ein Gesellschafter einer G. m. b. H. als Gegenleistung für seine Mitgliedschaft verspricht. Das Gesetz kennt ebenfalls nur eine negative Begriffsumschreibung. Eine positive Nennung der Leistungsformen, die eine Sacheinlage begründen, kann daher erst nach einer erschöpfenden Aufzählung der Einzahlungsarten erfolgen:

Einzahlungsfähig ist das gesetzliche bare Geld. Ihm gleichgestellt sind nach moderner Verkehrsauffassung Banknoten, Postmandate und Ueberweisungen auf Postcheck. Auch der auf eine bekannte Schweizerbank

---

[1]) Art. 773/4 OR.
[2]) vgl. Haux S. 6 ff.; Schmiedt S. 7.
[3]) Art. 778 OR.

gezogene und gedeckte Check, und der auf einen Gesellschafter ausgestellte oder übertragene Check einer solchen Bank [4]) gehören zu obiger Gruppe. Als Einzahlung darf nach der herrschenden Meinung [5]) ebenfalls die Kompensation von Forderungen gegenüber der Gesellschaft angenommen [6]) werden [7]).

Sacheinlagen bestehen somit aus allen andern Objekten der Einlageverpflichtung, die oben nicht aufgezählt wurden. Es können dies sein: körperliche Gegenstände, dingliche Rechte, immaterielle Werte, Forderungen und andere Rechte, die alle in § 2 eingehend behandelt werden. An dieser Stelle mag der kurze Hinweis genügen. Die Benennung „Sach"-Einlage stimmt mit der Wirklichkeit nicht ganz überein, da Banknoten, Forderungen usw. ebenfalls Sachen in unserem Sinne sind. Besser wäre die Bezeichnung „Nichtbar"-Einlage. Von einer solchen muss auch dann gesprochen werden, wenn die Einlage zwar in bar stipuliert, gleichzeitig aber abgemacht wird, dass der Preis der Sache mit der Liberierungsschuld eines bestimmten Stammanteils verrechnet werde [8]).

III. *Abgrenzung gegenüber Bareinlage.*

In der Sacheinlage selber lassen sich zwei Begriffsmerkmale unterscheiden: Einmal die Leistung eines Teils des Stammkapitals auf andere Weise als durch Einzahlung. Sie besteht in der Abtrennung der versprochenen Vermögenswerte vom Privatvermögen des Gesellschafters und in der Uebertragung zur freien Verfügung [9]) an die Gesellschaft [10]). Dann den Erwerb der Mitgliedschaft an der G. m. b. H. durch den Gesellschafter, mit den an ihr verknüpften Rechten und Pflichten. Während Sach- wie Bareinlage das zweite Merkmal gemeinsam aufweisen, lässt sich im ersteren deutlich der Unterschied zwischen beiden Begriffen erkennen: Sie dienen beide zum Erwerb von Stammeinlagen, einzig in ihrer Leistungsform, ob in bar oder in „Sachen", lassen sie sich unterscheiden [11]).

---

[4]) Gmür Art. 774, Anm. 8.

[5]) vgl. Gegenbauer S. 48; Syz S. 68/70; Hoffmann S. 13; Bachmann Art. 618, Anm. 3; BGE 26 II 437; ZbJV 1925, S. 398.

[6]) Gmür stellt eine solche Verrechnung bei Art. 774, Anm. 8, als ausgeschlossen dar, anerkennt sie jedoch bei Art. 798 für diejenigen Einzahlungen, die nicht zur Deckung der ersten Minimaleinlage dienen.

[7]) Nach deutscher Auffassung können einbezahlt werden: bares Geld, Reichskassenscheine und deutsche Banknoten.

[8]) vgl. Staub § 186, Anm. 9b und BGE 59 II 445.

[9]) Art. 779 a. E. OR.

[10]) vgl. Fanconi S. 25.

[11]) Obige Begriffsmerkmale (vgl. auch IV unten) genügen hier als Definition der Sacheinlage; m. E. ist es daher nicht nötig, eine Aufzählung der weiteren Definitionen der Literatur wiederzugeben, vgl. hiezu Huber S. 12.

IV. *Abgrenzung gegenüber Sachübernahme.*

Als weitere Abgrenzung der Sacheinlage muss noch diejenige gegenüber der Sachübernahme vorgenommen werden. Art. 778, Abs. 2 des OR kennt ebenfalls keine klare Definition der Sachübernahme. Zu deren Ermittlung muss wiederum ein Unterschied an Hand der wesentlichen Merkmale herausgefunden werden:

Gemeinsam haben Sacheinlage und Sachübernahme das Wort „Sache", d. h. den gleichen Gegenstand der Leistung. „Einlage nicht durch Einzahlung" (Sacheinlage) und „Vermögenswerte übernehmen" (Sachübernahme) bedeuten beide die Unterscheidung gegenüber einer Leistung in barem Gelde oder Geldsurrogaten.

Nicht gemeinsam aber haben beide das zweite Merkmal des Sacheinlagebegriffes: die Erwerbung der Mitgliedschaft. Während die G. m. b. H. den Sacheinleger als Gegenleistung in die Gesellschaft aufnimmt, leistet sie für die Sachübernahme irgend einen andern Gegenwert [12]). Die Sachübernahme ist demnach eine im Gründungsstadium der Gesellschaft eingegangene Verpflichtung zur Uebernahme eines Vermögenswertes von seiten eines Dritten gegen eine nicht in Mitgliedschaftsrechten [13]) bestehende Gegenleistung. Daraus ersehen wir, dass die Kontrahenten des Sachübernahmevertrages die Gesellschaft und ein Dritter sind, wobei der Dritte auch Gesellschafter sein kann, doch übt dessen qualifizierte Stellung keinen Einfluss auf den Sachübernahmevertrag aus.

Der Sachübernahmevertrag bildet daher einen selbständigen zweiseitigen Vertrag, während das Einlageversprechen eines Gesellschafters ein einseitiges ist. In der Praxis wird es oft einer genauen Untersuchung bedürfen, um Sacheinlagen von Sachübernahmen zu unterscheiden, wobei es nicht ausgeschlossen sein kann, dass beide gemischt vorkommen können [14]).

§ 2. Der Gegenstand der Sacheinlage

I. *Allgemeines.*

Bei Beurteilung der Frage, welche Objekte Inhalt des Sacheinlageversprechens sein können, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine entsprechenden Bestimmungen geschaffen hat. Indem Art. 778 OR die Sacheinlagen als solche, die nicht eingezahlt werden können, umschreibt, lässt er die Frage nach dem genauen Gegenstand der Sacheinlage offen. Sicher ist soviel, dass das Sachenrecht unseren Begriff nicht genügend zu umfassen vermag, sondern dass darunter auch Forderungen,

---

[12]) vgl. Art. 778, Abs. 2 a. E.
[13]) vgl. Huber S. 56.
[14]) vgl. Kaufmann S. 106/7.

andere Rechte verschiedenster Art und sogar wirtschaftliche Werte fallen können. Wegen dieser Mannigfaltigkeit der möglichen Objekte sollen zuerst die Voraussetzungen untersucht werden, die ein Sacheinlagegegenstand erfüllen muss, um den gesetzlichen Vorschriften zu genügen.

II. *Die Erfordernisse des Sacheinlagegegenstandes.*

Die deutsche Handelsrechtsliteratur suchte diese Frage auf dem Umwege des Aktienrechtes zu lösen, wo „jeder Wertgegenstand, welcher als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann“ [15]), Gegenstand der Sacheinlage sein kann. Auf Grund der Bilanzfähigkeit einer Sache wurden in der Folge verschiedene Voraussetzungen des Sacheinlagegegenstandes postuliert, die sich mit denjenigen des Sachübernahmegegenstandes decken [16]). Die Sacheinlage setzt voraus:

a) einen selbständigen Wertgegenstand [17]),
b) einen gegenwärtigen Wert [18]),
c) einen in Geld ausdrückbaren Wert [19]),
d) Uebertragbarkeit [20]) oder Verkehrsfähigkeit [21]), und endlich
e) Ertragsfähigkeit [22]).

Für unsere *schweizerischen Verhältnisse* geht Huber einen vom deutschen Recht verschiedenen Weg, indem er richtigerweise bemerkt, dass die Vorarbeiten zum rev. OR keinen Hinweis auf das Aktienrecht und die dortige Bilanzfähigkeit einer Sache geben. Auf Grund der Art. 776, 778/90 OR und 758, Abs. 1 ZGB, kommt Huber, im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Zwecken der G. m. b. H., zu den gleichen Erfordernissen wie die deutsche Literatur, und formuliert sie folgendermassen:

a) eindeutige Bestimmbarkeit [23])
b) tatsächlich vorhandener Wert [24])
c) Bewertbarkeit [23])
d) selbständige Uebertragbarkeit [25])
e) Ertragsfähigkeit im Rahmen des Gesellschaftszweckes [26]).

---

[15]) vgl. Staub-Pinner S. 59; Lehmann-Ring S. 22; Simon S. 166.
[16]) vgl. die erwähnte Gleichheit des 1. Begriffsmerkmals in § 1, IV.
[17]) Hachenburg § 5, Anm. 14; Haux S. 22.
[18]) Haux S. 22.
[19]) Hoffmann S. 17.
[20]) Feine S. 109, Brodmann S. 35.
[21]) Simon S. 166; Staub § 186, Anm. 5; Schmiedt S. 10.
[22]) Hoffmann S. 17.
[23]) aus Art. 778 OR.
[24]) aus Zweck der Sacheinlage.
[25]) aus Art. 779 OR.
[26]) aus Gesellschaftszweck.

Diese Aufstellung der Voraussetzungen ist klar formuliert und ergibt sich in der Tat aus den erwähnten Gesetzesstellen, so dass eine weitere Untersuchung für die Einleitung der vorliegenden Arbeit nicht notwendig wird.

III. *Die Objekte im Einzelnen.*

Was nun im einzelnen Gegenstand des Sacheinlageversprechens sein kann, sei an dieser Stelle kurz erwähnt[27]):

a) *Körperliche Gegenstände* wie Maschinen, Lieferungswagen, Geschäftshäuser u. a. m. sind ohne Zweifel einlagefähig. Steht der betreffende Gegenstand im *Miteigentum,* so ist er bis zum Betrage des Miteigentums einlagefähig, indem jeder einen besonderen, oder alle Miteigentümer zusammen einen gemeinsamen[28]) Geschäftsanteil erhalten. Ein *Gesamteigentum* kann nur durch Verfügung aller Gesamteigentümer als Gesamtheit eingelegt werden, wenn dies überhaupt ihr Grundverhältnis erlaubt[29]). Während *Zubehörden*[30]) als einlagefähig anzusehen sind, trifft dies bei den *Bestandteilen* einer Sache nicht zu, denn die mangelnde Trennungsfähigkeit von der Hauptsache erfüllt obige Voraussetzung d)[31]) nicht[32]). Schliesslich sei noch erwähnt, dass der Einleger eigene oder in fremdem Eigentum stehende Sachen einbringen darf, unabhängig von der Zustimmung des Dritten[33]).

b) *Dingliche Rechte,* doch nur soweit sie übertragbar sind, können Gegenstand der Sacheinlage sein. So Dienstbarkeiten, Grundlasten, nicht höchst persönliche Nutzniessungsrechte zur Ausübung[34]), Schuldbriefe, Gülten und Pfandbriefe. Dem Wohnrecht und der Grundpfandverschreibung fehlen die nötige Uebertragbarkeit.

c) *Immaterielle Werte* sind ebenfalls als Sacheinlagen geeignet, z. B. bestehende Erfindungen, Fabrikationsgeheimnisse, Konzessionen[35]). Die Mehrheit der Literatur anerkennt dagegen die Einlagefähigkeit der Firma, der Geschäftsbezeichnung, und der Kundschaft nur zusammen mit der Einlage des Geschäftes selber.

d) *Forderungen* sind grundsätzlich einlagefähig. Eingehend müssen noch untersucht werden:

---

27) Eingehend behandeln dieses Thema Huber, S. 20 ff. und Haux. S. 22 ff., sowie die Mehrheit der deutschen Literatur.
28) vgl. Hachenburg S. 120, Nr. 25 zu § 5; Tuor S. 461.
29) „ Huber S. 21; Tuor S. 460.
30) „ Art. 644 ZGB.
31) selbständige Uebertragbarkeit.
32) vgl. Art. 642 ZGB.
33) „ Huber S. 23.
34) „ Art. 758 ZGB.
35) „ die Frage der Bewertbarkeit in § 2 II und § 16.

1. *Forderungen gegen sich selber* bedeuten lediglich eine Wiederholung des Schuldversprechens; sie sind daher grds. nicht einlagefähig. Sofern eine solche Forderung z. B. ein Miet- oder Pachtrecht begründet, steht ihrer Einlagefähigkeit jedoch nichts entgegen.

2. *Forderungen eines Dritten gegen den Sacheinleger* können ebenfalls wegen der Wiederholung des Schuldversprechens nicht eingelegt werden [36]). Für den Spezialfall, wo ein Sacheinleger eine Forderung gegen einen andern Gründer einbringt, ist die Einlagefähigkeit zu bejahen, bleibt es sich doch in diesem Falle gleich, ob der Schuldner ein Aussenstehender oder ein Gründer ist.

3. *Forderungen gegen die Gesellschaft selbst* [37]) sind grds. einlagefähig [38]), wird doch durch ihre Einlage eine Belastung der Gesellschaft aufgehoben. Davon sind Forderungen für künftige Arbeitsleistungen, Gehalts- und Gewinnanteilsansprüche auszuschliessen, da sie im Augenblick der Einlage keinen reellen Wert [39]) darstellen [40]). Hieraus ergibt sich auch, dass Forderungen, die erst in Zukunft entstehen werden, nicht eingebracht werden können.

4. Auch *Wertpapiere* eignen sich als Sacheinlagen, mit Ausnahme der Namenaktien, wenn sie laut Statuten nicht übertragbar sind [41]), sowie der kaduzierten Aktien, bei denen die Rechte gegenüber der A.-G. verlorengegangen sind.

5. Bei *Wechseln,* die an und für sich die Voraussetzungen der Sacheinlage erfüllen, stellt sich noch die Frage, ob ein Eigenwechsel, oder eine auf sich gezogene Tratte des Sacheinlegers, beide versehen mit dessen Akzept, gleich wie die andern Wechsel zu behandeln sind. Huber [42]) stützt sich auf Staub-Hachenburg [43]) und lehnt rundweg die Einlagefähigkeit ab, da es sich nur um ein in Wechselform abgegebenes Zahlungsversprechen handle. Obwohl dies stimmen mag, erfüllt m. E. ein solcher Wechsel vorerst doch die Voraussetzungen der Einlagefähigkeit, da die Gesellschaft ja nicht gezwungen ist, den Wechsel bis zu seiner Fälligkeit zu behalten. Wegen seiner leichten Begebbarkeit kann die Gesellschaft den Wechsel sofort diskontieren lassen und besitzt dadurch die Deckung der Stammeinlage. Sollte dann aber das Regressrecht gegenüber der G. m. b. H. geltend gemacht werden, so entbehrt in der Tat das Gesell-

---

36) „ Huber S. 33 und Schmiedt S. 15.
37) „ Guhl S. 340.
38) „ Anm. 5 und 6 oben.
39) Erfordernis b) auf S. 4.
40) vgl. Haux S. 49, Hoffmann S. 18, Cahn S. 91, Schmiedt S. 15.
41) „ Art. 684 OR.
42) „ Huber S. 36.
43) S. 114.

schaftskapital seiner Deckung. Aus diesem Grunde sind m. E. solche Wechsel doch nicht als einlagefähig anzusehen.

e) *Andere Rechte* wie z. B. Patent- und Urheberrechte, laufende Transportverträge, Generalvertretungsverträge, Inserationsvertretungsverträge u. a. m. bilden oft Gegenstand der Sacheinlage [44]).

f) *Sachgesamtheiten,* z. B. Erbschaftsmasse, Konkursmasse, ein ganzes Handelsgeschäft, sind einlagefähig [45]).

IV. *Einlagefähigkeit und Mangelhaftigkeit.*

Die Voraussetzungen der Einlagefähigkeit eines Sachobjektes haben für die Abgrenzung dieser Arbeit grundlegende Bedeutung. Nichteinlagefähige Objekte sind von mangelhaften Sacheinlagen [46]) genau zu unterscheiden; beide besitzen gesonderte Rechtsfolgen:

Nach Art. 940 OR, Art 21 der Handelsregisterverordnung und Art. 22 des Kreisschreibens des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 20. 8. 37, hat der Handelsregisterführer die Statuten der G. m. b. H. und die darin aufgeführten Sacheinlagen zu überprüfen. Er hat ungeeignete Gegenstände zurückzuweisen und die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu verweigern. Durch solche Gegenstände kann keine Mitgliedschaft erworben werden, da das Stammkapital mangels Deckung nicht zustande kommt. Wurde die G. m. b. H. trotzdem eingetragen, so kann deren Löschung im Handelsregister verlangt werden. Es gilt jedoch die Regel, dass die Eintragung vorgekommene Mängel heilt [47]). Wo die Interessen der Gesellschaft oder Gesellschaftsgläubiger erheblich verletzt oder gefährdet werden, kann die Nichtigkeitsklage eingreifen. Der Gesetzgeber zählt keine Fälle auf, sondern überlässt die Beurteilung des Falles dem Richter [48]). Mangelhafte Sacheinlagen jedoch unterliegen der Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers, deren Wirkungen in § 15 behandelt werden.

§ 3. Die rechtliche Natur des Sacheinlagevertrages.

Neben Begriff und Gegenstand der Sacheinlage muss noch eine andere wichtige Grundlage der vorliegenden Arbeit behandelt werden. Um die Folgen einer Nichterfüllung oder einer mangelhaften Leistung des Sacheinlageversprechens [49]) beurteilen zu können, muss zuvor die recht-

---

[44]) vgl. Schmiedt S. 14.
[45]) Eingehend bei Huber S. 38/9.
[46]) 3. Kap. der vorliegenden Arbeit.
[47]) Dahlgrün S. 38; vgl. ZbJV XXIX S. 541; Gegenbauer S. 50.
[48]) vgl. Gmür Art. 783 OR, Anm. 11 und 12.
[49]) In der Literatur wird das Sacheinlageversprechen meist *Illationsvertrag* genannt.

liche Natur des Illationsvertrages abgeklärt werden. Stellt er einen Veräusserungsvertrag (7. Titel OR), oder einen Teil des Gesellschaftsvertrages, oder beides zugleich dar? Je nach dem gefundenen Ergebnis richten sich dann die Haftungsgrundsätze.

Zur Abklärung dieser Frage greife ich auf den Gründungsvorgang einer G. m. b. H. zurück: Im ersten Stadium der Gründung treten die zukünftigen Gesellschafter zusammen und beraten die Notwendigkeiten einer solchen Geschäftseröffnung. Es vollzieht sich dieser erste Schritt ohne rechtliche Form. Im zweiten Stadium, dem Gründungsakt, bekunden die Gesellschafter durch Unterzeichnung einer öffentlichen Urkunde ihre Zustimmung zu den Statuten, womit sie zugleich ihren Willen zu einer Gesellschaftsgründung kundtun [50]). Dieses Stadium währt so lange, bis alle Gründer ihre Erklärungen abgegeben haben, und endet mit der Anmeldung beim Handelsregisteramt. Erst mit der Eintragung erlangt die G. m. b. H. die juristische Persönlichkeit [51]).

Der Illationsvertrag, der in diesem zweiten Stadium der Gesellschaftsgründung zustande kommt, könnte oberflächlich als Veräusserungsvertrag aufgefasst werden. Sein Inhalt besteht in der Leistung einer Sache und in der Gegenleistung eines andern Wertes, nämlich in der Verleihung von Mitgliedschaftsrechten an der G. m. b. H. Die Leistung erfolgt daher ihrem Zwecke nach zur Erlangung eines Gesellschaftsanteils. Tiefer geschürft stellt das Sacheinlageversprechen jedoch nur eine besondere Form des Stammeinlageversprechens dar [52]), also einen Gegensatz zum Bareinlageversprechen. Es muss daher den gleichen Prinzipien unterworfen werden wie das Bareinlageversprechen, denn es bildet die notwendige Betätigung des Sacheinlegers [53]) zur Errichtungshandlung der Gesellschaft. Es stellt daher keinen besonderen Vertrag dar [54]), sondern ist ein integrierender Bestandteil der Stammkapital-Uebernahme-Erklärung.

Es kann also kein zweiseitiger Vertragsschluss vorliegen, sondern vielmehr eine einseitige Willenserklärung [55]) des Sacheinlegers, mit den andern Gesellschaftern zusammen eine G. m. b. H. gründen zu wollen [56]). Der Illationsvertrag ist daher ein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages [57]).

---

[50]) vgl. Guhl S. 330/3.
[51]) „ Art. 783, Abs. 1 OR.
[52]) „ § 1, II.
[53]) „ Crisolli S. 93, 227.
[54]) „ Wehrli S. 16 ff.
[55]) „ Guhl S. 332.
[56]) „ Huber S. 45; Gmür Art. 778, Anm. 4.
[57]) Andere Ansichten vertreten Haux S. 53 ff. (Veräusserungsvertrag) und Gierke, Deutsches Privatrecht I, § 63, Anm. 14 und 15 (kein Rechtsgeschäft). Gleicher Ansicht sind Hoffmann S. 11; Bergmann S. 12; Domm S. 12; Schmiedt S. 19; Noppel S. 35; Staub S. 648, Anm. 4; Pinner S. 27.

Vorzeitig darf nun nicht unsere Grundfrage so beantwortet werden, dass nur das Gesellschaftsrecht auf den Illationsvertrag Anwendung fände. Selbstverständlich darf hier nicht übersehen werden, dass dem Sacheinlageversprechen Elemente des Veräusserungsvertrages anhaften, indem der Sacheinleger verspricht, einen Vermögensgegenstand in die entstehende Gesellschaft einzubringen, dafür aber im entsprechenden Wert einen Stammanteil zugewiesen erhalten will. Dies bedingt, ähnlich wie bei der Stiftung mit Auflage, dass der Illationsvertrag unter Umständen wie ein Veräusserungsvertrag behandelt werden muss, dann nämlich, wenn das Gesellschaftsrecht die Haftungsgrundsätze betr. Sacheinlagen nicht genügend regelt [58]).

Wann Kaufvertragsrecht und wann Gesellschaftsrecht Anwendung finden soll, wird in den folgenden Kapiteln der Arbeit besonders untersucht. Doch sei hier schon festgestellt, dass das Sacheinlageversprechen als Bestandteil des Gesellschaftsrechtes, in erster Linie nach dem 28. Titel des OR, beurteilt werden muss, und erst in zweiter Linie, also subsidiär, nach den obgenannten Bestimmungen des OR.

---

[58]) Auf Grund der gemeinsamen Elemente befürwortet auch die gesamte deutsche Literatur die grds. Anwendung des Kaufvertragsrechts.

I. KAPITEL

Der Leistungsverzug des Sacheinlegers

§ 4. Die gesetzlichen Grundlagen des Sachleistungsverzuges

I. *Problemstellung.*

Ein Schuldner ist im Verzuge, wenn er seiner Leistungspflicht trotz Mahnung nicht nachkommt [1]). Sein Verzug bedeutet eine Pflichtverletzung [2]), welche Art. 102 ff. OR allgemein ahndet. Für den Gläubiger bedeutet der Verzug einen Nachteil, weshalb ihm der säumige Schuldner nach Art. 104 OR Verzugszinsen zu zahlen hat [3]). Für den Verzug des leistungspflichtigen Gesellschafters der G. m. b. H. kennt das OR in Art. 799 eine besondere Bestimmung: der säumige Gesellschafter hat Verzugszinse zu zahlen, sowie eine allfällige in den Statuten vorgesehene Vertragsstrafe zu entrichten. Der Gesellschaft steht aber noch ein weiteres Rechtsmittel zur Verfügung, nämlich das Recht, den Gesellschaftsanteil des Säumigen zu kaduzieren [4]) und seinen Ausschluss aus der Gesellschaft anzuordnen.

Da in Art. 799 OR nur die Rede vom säumigen Gesellschafter, der nicht den geforderten „Betrag einzahlt", ist, drängt sich die Frage auf, ob diese Bestimmung auch auf den Sachleistungsverzug anwendbar ist, da die Sacheinlagen nicht eingezahlt werden können. Das vorliegende Problem kann wie folgt formuliert werden:

1. Ist Art. 799 auch *auf Sacheinlagen anwendbar?* Wenn nicht, hat
2. der Gesetzgeber für diese Verzugsart keine Rechtsfolgen aufstellen wollen, weil ein *Verzug von Sacheinlagen* überhaupt *nicht eintreten kann* [5]) oder
3. überging der Gesetzgeber diesen Tatbestand, weil eine besondere *Regelung auf Grund der allgemeinen Verzugsfolgen* für Sachleistungen auf der Hand liegt?

Frage 1 muss, einerseits dem Wortlaut des Art. 799 OR, Abs. 1, folgend, anderseits mit den allgemeinen Verzugsfolgen des Art. 104 OR ver-

---

[1]) vgl. den Begriff des Verzugs in § 5.
[2]) „ Schoch S. 38.
[3]) „ v. Thur OR, II. Teil, §§ 72 und 73.
[4]) OR 799, Abs. 2.
[5]) vgl. z. B. das österreichische (6. 3. 06) und ungarische Handelsgesetz, wo ein Minimaleinsatz von Geldeinlagen gefordert wird, während Sacheinlagen voll gedeckt werden müssen.

glichen verneint werden. Eine Bezahlung von Verzugszinsen kann nie für den Sachleistungsverzug in Betracht kommen.

Frage 2, mit der auch *Frage 3* verknüpft ist, kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Zu ihrer Lösung wird ein Umweg notwendig. Es muss zunächst einmal festgestellt werden, ob Sacheinlagen in Verzug kommen können [6]), und erst nachher kann wieder auf die Problemstellung zurückgekommen werden [7]).

II. *Der Zeitpunkt der Apportsleistung.*

Eine klare und eindeutige Bestimmung, in welchem Zeitpunkte der Sacheinleger seine im Illationsvertrage versprochene Leistung zu erbringen hat, ist im Gesetz nicht enthalten. Und doch kommt diesem Zeitpunkt besondere Bedeutung zu, da er entscheidet, ob die Sacheinlagen vor der Anmeldung der G. m. b. H. beim Handelsregisteramt zu leisten sind, oder ob sie auch noch nach dem Eintrag eingebracht werden können [8]).

Neuenschwander [9]) folgert aus Art. 779, Ziff. 2 OR, dass die Sacheinlagen schon vor der Gründung in der freien Verfügung der Gesellschaft stehen müssen, ansonst sich die Gesellschaft nicht eintragen lassen könne.

Huber [10]) äussert sich zum Zeitpunkt der Apportsleistung im gleichen Sinne: Art. 779, Abs. 4, sage, wann eine Sacheinlage als Deckung gelten kann. Für Grundstücke brauche es eine bedingungslose schriftliche Erklärung, die der Gesellschaft das Recht gibt, sich ohne weiteres als Eigentümerin des betreffenden Grundstückes eintragen zu lassen. Für alle andern Gegenstände müsse die G. m. b. H. unmittelbar als Eigentümerin über die Sachen verfügen können, d. h. sie müsse also bereits Eigentümerin sein. Eine wichtige Aufgabe dieser Bestimmung liege darin, so gut als möglich zu verhüten, dass nach der Gründung die Sacheinlagen durch einen Dritten kraft besseren Rechtes der Gesellschaft entwehrt werden. Huber steht demnach wie Neuenschwander auf dem Standpunkt, dass Sacheinlagen voll und ganz bei der Gesellschaftsgründung gedeckt sein müssen. Aus diesem Grunde wird er auch die Folgen eines Sachleistungsverzugs, im Zusammenhang mit der Anwendung der Kauf-

---

[6]) vgl. II unten.
[7]) „ III unten.
[8]) Im deutschen Rechte lässt sich ebenfalls keine ausdrückliche Bestimmung finden. Nach dauernder Rechtssprechung (vgl. Schertz S. 39, Feine § 8, II, Anm. 3) des Reichsgerichts sind Sacheinlagen vor der Anmeldung zu stellen.
[9]) S. 29.
[10]) S. 84/5.

vertragsbestimmungen, in seiner Arbeit nicht behandelt haben.

Molitor [11]) berichtet bei seinen Beschreibungen der ausländischen G. m. b. H.-Rechte: „Im portugiesischen und liechtensteinischen Rechte und in den schweizerischen Entwürfen wird kein Unterschied zwischen Bar- und Sacheinlagen gemacht; es genügt also, wenn der bei der Gründung zu deckende Teil des Stammkapitals in Geld- oder Sacheinlagen gedeckt wird." Er stützt sich dabei wohl auf den Wortlaut des Art. 768, Abs. 3, des Entwurfs.

Schoch [12]) folgt Molitor in seinen Ausführungen und findet ebenfalls keine andere Gesetzesbestimmung über den Zeitpunkt, in welchem die Sachen geleistet sein müssen, als diejenige des E Art. 768, wonach die Stammeinlage bei Gründung der Gesellschaft mindestens zur Hälfte einbezahlt oder durch Sachen gedeckt sein muss. Es sei demnach nur in unserem Entwurfe die Möglichkeit geboten [13]), die Apports nicht schon im Momente der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister voll leisten zu müssen, sondern deren Leistung auf einen späteren Zeitpunkt vorzusehen.

Fanconi [14]) greift 10 Jahre später, nach Inkrafttreten des rev. OR, diese Frage wieder auf. Er löst sie streng den Ausführungen Schochs folgend.

Die angeführten Meinungen der Literatur, besonders die gegensätzlichen Ausführungen der Dissertationen neueren Datums von Huber, Fanconi und Neuenschwander, zeigen deutlich, wie mangels einer direkten Gesetzesbestimmung eine Unsicherheit in der Rechtsauslegung entstehen kann. Indem die Lehrbücher des Gesellschaftsrechtes dem Gesetzestext folgen, ist aus ihnen ebenfalls keine eindeutige Auslegung zu entnehmen. Bei einer Vergleichung mit den Vorschriften des Aktienrechtes stösst man in Art. 633 OR auf einen in den wesentlichen Punkten gleich lautenden Text wie in Art. 779 OR. Der Zeitpunkt der Apportsleistung muss daher selbständig, ohne irgendwelche Vergleichsmöglichkeit, ermittelt werden:

Der Hauptzweck des Art. 799 OR liegt in der Bildung einer Gründerverantwortlichkeit [15]). Durch weitgehende Sicherungskautelen soll die Deckung des Stammkapitals sichergestellt werden, damit die Interessen der Gesellschaftsgläubiger durch ein wirklich vorhandenes Gesellschaftsvermögen geschützt sind [16]). Ob nun der Gesetzgeber zu diesem Zwecke

---

[11]) S. 34.

[12]) S. 50.

[13]) im Vergleich mit anderen Rechten.

[14]) S. 50/51.

[15]) Bericht zum Entwurf 1928, S. 23; Egger in SJZ 34, S. 198; Frick S. 67.

[16]) Der Zweck des Art. 799 OR ist zugleich ein doppelter: Einmal hat die Mindesteinlage zur Wirkung, dass 50 % des gesamten Stammkapitals in bar oder

für die Sacheinlagen eine von den Bareinlagen verschiedene Vorschrift aufstellte, oder ob er beide Einlagen gleich behandeln wollte, ergibt sich aus dem genauen Studium des Art. 799.

Absatz 2, Ziffer 2 des Art. 799 OR verlangt, dass der gesetzliche (50 % laut Art. 774, Abs. 2, OR), oder ein statutarisch festgesetzter höherer Betrag auf jeder Stammeinlage zur freien Verfügung der Gesellschaft einbezahlt, oder durch in den Statuten bestimmte Sacheinlagen gedeckt ist. Demnach braucht ein Sacheinleger lediglich 50 % seines Stammanteils vor der Gründung eingebracht zu haben. Nirgends findet sich eine andere Vorschrift, dass seine Leistung 100 % vor Gründung der Gesellschaft zu erfolgen habe. Ausgenommen sind davon die Fälle, wo die Statuten die ganze Leistung vorsehen, jedoch nicht eingeschränkt wird diese Feststellung durch Absatz 4 des Art. 779 OR, der lediglich ein Attribut des Wortes „gedeckt" darstellt. Abs. 4 umschreibt nur, was bei den Sacheinlagen zur Deckung der minimalen [17]) Leistung vorgenommen sein muss: „Sacheinlagen gelten als Deckung nur dann, wenn die Gesellschaft mit ihrer Eintragung ins Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar darüber verfügen kann, oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintrag ins Register erhält."

Die Möglichkeit einer Teilleistung von Sacheinlagen ist damit nach Gesetz gegeben. Diejenigen Sachgegenstände werden betroffen, deren Bewertung mehr als die gesetzliche oder statutarisch festgesetzte Dekkung der Stammeinlagen beträgt, und deren Teilleistung möglich ist. Dies zu beurteilen ist Sache der Gründer. Sie werden bei teilbaren Sacheinlagen ohne weiteres in den Statuten die zur Zeit der Gründung als Dekkung gewünschte Leistung bezeichnen. Praktische Bedeutung erhalten hier aber die gemischten Einlagen, z. B. Bardeckung der Minimaleinlage und spätere Volldeckung des Stammanteils durch eine versprochene Sacheinlage [18]).

Sachwerten vorhanden sein müssen. Insoweit dient sie zum Schutze Dritter, die mit der Gesellschaft in Beziehung treten, indem sie ein sofort verfügbares Betriebskapital der Gesellschaft darstellt, und damit Gewähr für eine ernsthafte, beabsichtigte Geschäftstätigkeit bietet.

Die Mindesteinzahlung bezweckt ferner, dass durch die sofortige Erfüllung eines Teils der eingegangenen Verbindlichkeit, einem unüberlegten, leichtfertigen Beitritt vorgebeugt wird. Die 50 % können somit nicht von einem Einzelnen gedeckt werden, es haben alle Gründer anteilsmässig 50 % einzubringen. Vgl. BGE 67 I 115.

17) 50 % der Stammeinlage nach Gesetz.

18) An dieser Stelle sei nochmals darauf aufmerksam gemacht, dass künftig entstehende Gegenstände nicht Objekt des Illationsvertrages sein können. Sacheinlagen müssen, auch wenn sie erst bestimmte Zeit nach Gesellschaftsgründung einzubringen sind, schon zur Zeit des Illationsvertrages bestehen (vgl. S. 4). So kann z. B. ein Gründer nicht den gesetzlich geforderten Minimal-

Wann die übrigen Teilleistungen, bei gemischten Einlagen z. B. die Sache selber, zu erbringen sind, sollte ebenfalls aus den Statuten ersichtlich sein. Es wird jedoch oft unmöglich sein, von vorneherein ein bestimmtes Datum festzulegen. Nach Art. 798 und 778 OR sind die Gründer auch hiezu nicht gezwungen. Sie erhalten dadurch die Gelegenheit, den besonderen Verhältnissen der Gesellschafter, und besonders der Natur des Sachgegenstandes, Rechnung zu tragen. Fehlt eine statutarische Bestimmung, so erfolgt die Einforderung der Restleistung ähnlich wie bei den Bareinlagen. Dabei ist jeder Gesellschafter anteilsmässig gleich zu halten. Art. 810 OR macht die Gesellschaftsversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft zuständig, die weiteren Einzahlungen auf den Stammeinlagen einzufordern, soweit die Statuten nicht abweichende Bestimmungen enthalten. Sie kann diese Befugnis auch der Geschäftsführung und -vertretung [19]) delegieren [20]).

III. *Die Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsregeln.*

Zurückkommend auf die Problemstellung in I oben, kann nach der Untersuchung über den Zeitpunkt der Apportsleistung, Frage *2*, ebensowenig wie Frage 1 positiv beantwortet werden. Welche Regelung nun überhaupt in Frage kommen kann, sei im Folgenden dargestellt, womit auch Frage 3 gelöst wird:

Sind Teilleistungen, und damit Einbringung von Sacheinlagen nach Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister nach Gesetz möglich, so können im Prinzip alle Gründer, seien es nun Bar- oder Sacheinleger, mit ihrer Kapitaldeckungspflicht in Verzug kommen.

Laut Art. 799 OR hat der Gesellschafter bei Nichteinzahlung innert der angesetzten Frist Verzugszinsen und vorgesehene Konventionalstrafen zu bezahlen. Leistet der zur Einzahlung verpflichtete Gesellschafter trotz zweimaliger Aufforderung auch nach der angesetzten Nachfrist nicht, so darf und kann er ausgeschlossen werden. Diese Bestimmung des Art. 799, Abs. *2* OR entspricht der Regelung bei der Aktiengesellschaft [21]), hat jedoch, wie oben dargelegt, nur für Bareinlagen Geltung. Findet hiebei der Verzug der Sacheinlage [22]) keine besondere

---

betrag von 50 % seines Stammanteils in bar einzahlen, während die restlichen 50 % seines Anteils durch eine Sacheinlage in Gestalt einer noch zu schaffenden Erfindung zu decken wäre.

[19]) Art. 811/12 OR; vgl. Becker Bd. VII, S. 117, N. I.

[20]) Fanconi (S. 51) und Schoch (S. 50) geben diese Befugnis der Einforderung von Sachen dem verantwortlichen Geschäftsführer.

[21]) Art. 682 OR.

[22]) (der wie grds. festgestellt, ebenso wie bei den Bareinlagen eintreten kann.) Bei der Sacheinlage sind keine besonderen Hilfsmittel vom Gesellschaftsrecht vorgesehen, so dass hierauf Egger, Art. 107, Anm. 8, nicht zutrifft.

Bestimmung, dann ergibt sich von selbst, dass eine dem Bareinlageverzug entsprechende Lösung, die der Kapitaldeckungspflicht entspricht, gefunden werden muss. Auch eine Verweisung auf andere Gesetzesstellen lässt sich im Rechte der G. m. b. H. nicht finden.

Darf nun mangels einer Bestimmung im Gesellschaftsrechte für den Verzug von Sacheinlagen die allgemeine Regelung des Art. 107 OR herangezogen werden? Hiefür spricht die in § 3 besprochene Aehnlichkeit des Illationsvertrages mit dem Kaufvertrage. Obwohl ersterer nur einseitig ist, weist er doch die gleichen Prinzipien auf.

Das Bundesgericht hat zwar in einem Falle [23]) erklärt, dass das Rücktrittsrecht (OR 107) als Verzugsfolge nicht auf den Gesellschaftsvertrag zwecks Auflösung der Gesellschaft anwendbar sei. In jenem Fall wurde erkannt, dass sich eine Spinnerei in einem Rechtsverhältnis der einfachen Gesellschaft mit einem Syndikat befinde, und nicht wie sie annahm, in einem zweiseitigen Vertrage. So stand der Spinnerei mangels Gegenleistung (Verzug) nicht der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrage offen, sondern lediglich das Begehren auf Auflösung der einfachen Gesellschaft, aus einem der in Art. 545 OR genannten Gründe. Vergleichen wir diesen Entscheid mit dem Verzuge der Sacheinlage, so finden wir, dass die Grundlagen beider Fälle sehr verschieden sind:

Im erwähnten Bundesgerichtsfall [23]) erklärte das Mitglied der Gelegenheitsgesellschaft den Rücktritt, während in casu die Rollen vertauscht sind: der Gesellschaft stünde nach Art. 107 das Rücktrittsrecht zu. Dieser Rollenwechsel in der Rücktrittsberechtigung wirkt sich besonders auf die Verzugsfolgen aus. Ein Verzug des Gläubigers zeitigt nicht die gleichen Wirkungen wie der Verzug des Schuldners. In letzterem Falle (Sacheinlageverzug) kann unter gewissen Voraussetzungen der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrage erklären. Beim Gläubigerverzug (Verzuge der Gesellschaft) dagegen stehen dem Erfüllungsbereiten besondere Wirkungen [24]) offen und nur für andere als Sachleistungen [25]) das gleiche Rücktrittsrecht vom Vertrage wie nach OR 107 ff.

Den Hauptunterschied bilden jedoch die vom Verzuge betroffenen Leistungen. Für den Illationsvertrag kann die Leistung des Sacheinlegers in Verzug kommen, oder im umgekehrten Fall (was hier nicht zu behandeln ist), die Leistung der Gesellschaft, die in der Verleihung der Mitgliedschaft liegt. Im vorliegenden Bundesgerichtsfall war jedoch weder die Leistung der Spinnerei als Einlage, noch die Leistung des Syndikates (Gesellschaftsanteil) Gegenstand des Verzuges. Die Spinnerei versuchte vielmehr den Rücktritt anzutreten wegen Nichterbringung

---

[23]) vgl. BGE 49 II 491 und Egger Bd. V, Art. 82, Anm. 4 und Art. 107, Anm. 8.
[24]) vgl. Art. 92—94 OR.
[25]) „ Art. 95 OR.

anderweitiger versprochener Leistungen des Syndikates (Frachtraum), die keineswegs als Mitgliedschaftsrechte angesehen werden können. Sicher war die Verschaffung des Frachtraums die Grundlage und der Antrieb zum Eintritte in die Gelegenheitsgesellschaft. Obwohl diese vom Syndikat versprochene Leistung eng mit der Syndikatsmitgliedschaft zusammenhängt, muss sie von letzterer trotzdem distanziert werden. Somit erkannte das Bundesgericht mit Recht, dass der Austritt aus der Gesellschaft nur den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft untersteht, und nicht den für zweiseitige Verträge geltenden Rücktrittsbestimmungen der Art. 107 ff.

Der Verzug in der Leistung von Sacheinlagen hat somit nichts mit Austrittsgesuchen aus der Gesellschaft zu tun. Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid würde daher nicht gegen die analoge Anwendung der Verzugsregeln stehen.

Es bleibt nun nur noch eine Frage übrig, die hier entschieden werden muss. Welche Verzugsfolgen sollen zur Anwendung herbeigezogen werden, diejenigen der allgemeinen Regelung der zweiseitigen Verträge, oder diejenigen der Kaufverträge?

Art. 107 ff. OR regeln die Rechte des vertragstreuen Gläubigers gegenüber dem säumigen Schuldner für die zweiseitigen Verträge allgemein. Diese Grundsätze erleiden bei den einzelnen Schuldverhältnissen Modifikationen, beim Kaufvertrage speziell nach der Richtung, dass Art. 190 OR für den Fall des Leistungsverzuges des Verkäufers, bei Abmachung einer bestimmten Lieferfrist im kaufmännischen Verkehr, die Vermutung aufstellt, dass der Käufer auf die Naturalerfüllung verzichte. Diese Kaufvertragsbestimmung auf den Illationsvertrag angewandt, würde ein Resultat ergeben [26]), das ganz und gar nicht mit den Interessen der Gesellschaft vereinbar ist. Die in Art. 190 OR getroffene Regelung der Verzugsfolgen für den Kaufvertrag sollen dem Käufer wie dem Verkäufer beim Zutreffen gewisser Voraussetzungen, lediglich das Recht auf einige Erleichterungen gewähren. Sie beeinträchtigen daher die Geltung der daneben bestehenden allgemeinen Grundsätze betreffend Verzugsfolgen nicht [27]), und nichts hindert die Parteien, selbst beim Vorliegen der in diesen Spezialbestimmungen normierten Tatbestände, nach den allgemeinen Regeln der Art. 107 ff. OR vorzugehen. Nach BGE 49 II 34 geht deshalb auch nicht das Recht zur Schadenberechnung nach OR 191 unter [28]), ebensowenig wenn die Voraussetzungen des Art. 190 OR ein Vorgehen nach dieser Bestimmung erlauben [29]).

---

[26]) Sofortiger Rücktritt vom Vertrage ohne Ansetzung einer Nachfrist.
[27]) BGE 49 II 32, E. 3.
[28]) vgl. Oser Nr. 1 zu Art. 191; Becker Nr. 4 zu Art. 215.
[29]) Simonius ZSR. Bd. 37 neue Folge, S. 262.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass die Verzugserleichterungen des Kaufvertragsrechtes gegen die Gesellschaftsinteressen verstossen und daher nicht berückichtigt werden dürfen. Die Natur des Illationsvertrages gleicht jedoch mehr einem allgemeinen zweiseitigen Vertrage als einem Kaufvertrage, denn dieser trägt wiederum (wie Bareinlagen) das Merkmal einer Barleistung in sich. Auf den Sacheinlageverzug dürfen daher grds. die Verzugsregeln der Art. 102 ff. in Anwendung [30]) kommen, aber nur dann, wenn keine gesellschaftsrechtlichen Grundsätze dieser Analogie entgegenstehen. Diese Ausnahmen seien bei den Wirkungen des Verzugs besonders behandelt.

§ 5. Begriff und Bedeutung des Sacheinlageverzuges

Aus den Statuten der G. m. b. H. wie aus einer späteren Zeitfixierung durch die Gesellschaftsversammlung [31]) wird regelmässig hervorgehen, wann das Sacheinlageversprechen realisiert werden soll. Ohne Erfüllungsmöglichkeit hätte ein solches Versprechen weder Sinn noch Wert. Wird die festgesetzte Zeit eingehalten, dann wird die Sacheinlage rechtzeitig eingebracht; wird die Zeit jedoch nicht eingehalten, so ist der Illationsvertrag bezüglich seines zeitlichen Inhalts verletzt. Damit ist eigentlich die Obligation „unmöglich" geworden, indem eine rechtzeitige Leistung nicht mehr möglich ist. Da bei einer Gesellschaftsgründung jedoch nur Sachgegenstände eingebracht werden sollen, die für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft von Nutzen sind, so wird grds. auch eine nachträgliche Leistung dem Gesellschaftszwecke dienlich sein. Würde sie überhaupt nicht erfolgen, dann würde auch in vielen Fällen die weitere Tätigkeit der G. m. b. H. in Frage gestellt werden, indem z. B. das versprochene Patent nicht verwertet werden kann, oder die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft würde eine grosse Einbusse erleiden, indem z. B. die für den Geschäftsbetrieb nötige Sache anderweitig beschafft werden muss. Hiezu kommt noch ein weiteres Moment: Durch die Nichtleistung stehen den verliehenen Mitgliedschaftsrechten an der Gesellschaft nicht vollständige Gegenleistungen gegenüber. Die Kapitaldeckungspflicht, der die Gesellschafter zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger nachzukommen haben, würde dadurch nicht erfüllt. Aus diesem Grunde wird eine Nachholung der verspäteten Leistung des Sacheinlegers praktisch immer im Interesse der Gesellschaft liegen.

Die nicht rechtzeitige Erfüllung bedeutet eine Verzögerung in der Zeit. Es tritt „Verzug" in der Verwirklichung des Illationsvertrages ein.

---

[30]) Anderer Meinung ist die deutsche Literatur; sie befürwortet die Anwendung des Kaufsrechtes. Das Resultat — auf die Gesellschaftsverhältnisse bezogen — bleibt aber dasselbe.

[31]) oder durch die Geschäftsführung nach Delegierung dieser Befugnis durch die Gesellschafterversammlung.

Der Sacheinleger hat damit die vertraglichen Ansprüche der Gesellschaft, wie der andern Gesellschafter, nicht befriedigt, und hat die daraus sich ergebenden Konsequenzen zu tragen. Der Verzug hört dann auf, wenn der Sacheinleger seine Leistung erbringt, doch fallen mit der verspäteten Leistung nicht auch die Folgen des Verzugs dahin [32]).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Sachleistungsverzug stets dann eintritt, wenn der Sacheinleger trotz fixiertem Liefertermin oder einer Mahnung seiner Leistungspflicht nicht nachkommt.

Neben dem Sachleistungsverzug kann auch die Gesellschaft in Verzug kommen, dann nämlich, wenn sie selber die rechtzeitige Erfüllung verhindert. Dieser Gläubigerverzug ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Ebenfalls ist noch eine weitere Abgrenzung vorzunehmen, diejenige gegenüber der Unmöglichkeit der Leistung. Bei jener ist die Realisierung des Illationsvertrages gänzlich unmöglich geworden, während beim Verzug der Leistung nur eine zeitliche Unmöglichkeit eingetreten, die verspätete Leistung aber nachholbar ist. Beide Institute ziehen besondere Rechtsfolgen nach sich.

§ 6. Die Voraussetzungen des Sachleistungsverzuges und die Voraussetzungen der Verzugsfolgen

I. *Die Voraussetzungen des Sachleistungsverzugs.*

Ein Schuldnerverzug setzt vor allem die Annahmebereitschaft des Gläubigers voraus [33]), d. h. die Gesellschaft darf ihrerseits die Annahme der Leistung nicht verweigern und damit selbst in Verzug kommen.

Ein Verzug kann daneben nur eintreten, wenn die Leistung des Sacheinlegers fällig ist. Vor der Fälligkeit hat die Gesellschaft nichts zu fordern, wie auch der Apportant vor deren Eintritt sein Versprechen nicht verletzen kann. Vor der Fälligkeit kann eine Leistung rechtlich nicht geltend gemacht werden. Wurde kein bestimmter Leistungstermin festgesetzt, so muss erst die Fälligkeit der Verbindlichkeit durch die Gesellschaft herbeigeführt werden.

Erst wenn auf diese Weise die Apports fällig sind, wird der Sacheinleger durch Mahnung der Gesellschaft in Verzug gesetzt [34]). Hiezu wird vom Gesetz keine besondere Form vorgeschrieben [35]), doch soll der Inhalt der Mahnung bestimmt sein. Aus ihr muss hervorgehen, für welche

---

[32]) vgl. Voser S. 101.
[33]) vgl. BGE 45 II 257.
[34]) Art. 102, Abs. 1 OR.
[35]) vgl. BGE 41 II 248.

Sachgegenstände gemahnt wird. Bezeichnet die Gesellschaft die Leistung irrtümlich falsch, so gilt der Sacheinleger nach Treu und Glauben trotzdem als richtig gemahnt, wenn ihm der Irrtum ohne weiteres klar ist.

Ohne Mahnung kommt der Sacheinleger auch da in Verzug, wo für die Leistung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde [36]), ebenfalls dann, wenn er bestimmt erklärt, er werde trotz einer eventuellen Mahnung nicht erfüllen. Hier wäre die Mahnung überflüssig, sie darf vernünftigerweise der Gesellschaft nicht zugemutet werden. Dieser Wegfall der Mahnung kann sich auch per analogiam aus Art. 108, Abs. 1 OR, ergeben, wo von einer Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung abgesehen wird, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sich jene als unnütz erweisen würde [37]).

Als weitere Voraussetzung des Verzugs wurde im gemeinen Rechte das schuldhafte Verhalten des Schuldners angesehen [38]). In unserem OR jedoch wird ein dolus für den Schuldnerverzug nicht berücksichtigt, da der Verzug nach Art. 102 schlechthin bei einer fälligen Forderung durch Mahnung des Gläubigers eintritt. Verschieden vom Eintritt des Verzugs spielt der dolus eine Rolle für die Voraussetzungen der Verzugsfolgen. Hier kann sich der Schuldner bei „keinerlei Verschulden" [39]) exkulpieren, wobei er den nötigen Beweis zu erbringen hat.

II. *Die Voraussetzungen der Verzugsfolgen.*

Die Rechtsfolgen der Art. 107 ff. OR verlangen zuvor eine Ansetzung einer angemessenen Frist [40]) zur nachträglichen Erfüllung. Sie kann durch die Gesellschaft oder durch den Richter festgesetzt werden [41]). In der Fristansetzung liegt zugleich auch eine Mahnung zur Erfüllung [42]), denn aus ihr geht eindeutig die Willensäusserung der Gesellschaft hervor, dass sie nun auf Leistung der Sacheinlage dringe. Nicht erforderlich wird die Ansetzung der Nachfrist dort, wo aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde [43]).

Die weiteren vom Gesetze [44]) vorgesehenen Ausnahmen der Nachfristansetzung lassen sich kaum auf den Illationsvertrag anwenden, da sie von

---

[36]) Art. 102, Abs. 2 OR.
[37]) vgl. Voser S. 34.
[38]) „ Voser S. 35.
[39]) Art. 103 ff. OR.
[40]) vgl. BGE 51 II 327.
[41]) Art. 107, Abs. 1 OR.
[42]) vgl. BGE 15, 868.
[43]) Art. 108, Abs. 1 OR.
[44]) Art. 108, Abs. 2 und 3 OR.

der Voraussetzung ausgehen, dass die Leistung des Schuldners infolge des Verzuges für den Gläubiger nutzlos werde, oder sich Letzterer sofort anderweitig eindecken müsse (Fixgeschäft). Da für verzögerte Sacheinlagen einerseits die Gegenleistung (Mitgliedschaftsrechte) schon erfolgt ist, anderseits die Leistung des Sacheinlegers grds. stets im Interesse der Gesellschaft liegen muss, darf von einer Nachfristansetzung nicht Umgang genommen werden.

An dieser Stelle sei noch untersucht, ob durch mehrmalige Ansetzung einer Nachfrist die Gesellschaft rechtlich ihrer Verzugsrechte verlustig geht. Eine wiederholte Fristansetzung und Mahnung wird gerade beim Sachleistungsverzug recht häufig vorkommen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis [45]) ist ein solches Vorgehen als zulässig zu betrachten, liegt es doch ebensosehr im Interesse des Sacheinlegers. Die Gesellschaft darf für ihren, dem säumigen Einleger gewährten Aufschub nicht dadurch bestraft werden, dass sie ihrer Rechte verlustig geht. Anderseits hat es der säumige Einleger selber in der Hand, durch nachträgliche Erfüllung zu verhindern, dass der Schaden z. B. angesichts der Marktlage anwächst. Selbstverständlich darf bei solchen mehrmaligen Fristansetzungen nicht schon mit der ersten die Verzichtserklärung [46]) auf eine nachträgliche Leistung verbunden werden.

§ 7. Die Wirkungen des Verzuges

I. *Allgemeines*

Die wirtschaftlichen Folgen des Sachleistungsverzugs wurden schon weiter oben kurz gestreift: Die Gesellschaft, die dem säumigen Einleger das Mitgliedschaftsrecht bereits eingeräumt hat, muss über Gebühr hinaus auf die ausstehende Leistung warten. Sie bleibt in Ungewissheit, ob die Leistung des Sacheinlegers überhaupt noch einbringbar, oder erst nach zeit- und geldraubenden Prozessen [47]) zu erlangen ist, ob sie die für ihren Bestand wichtige Einlage (z. B. Maschinen) von dritter Seite beschaffen muss, resp. darf, ohne dadurch nachteilige Konsequenzen befürchten zu müssen.

Auch im Gründungsstadium kann der Inferent mit seiner Leistung in Verzug kommen, dann nämlich, wenn seine Leistung zur Deckung der Minimalquote des Stammkapitals dienen soll. Da die Gesellschaft ihre juristische Persönlichkeit noch nicht erlangt hat, kann ihr der Erfüllungsanspruch noch nicht zustehen. Dieser kommt vielmehr den Mitgründern

---

[45]) BGE 43 II 355, 44 II 410.
[46]) BGE 43 II 356.
[47]) vgl. Domm S. 27.

oder der von diesen ins Leben gerufenen Gründungsgesellschaft zu, je nach den vereinbarten Rechtsverhältnissen. Die Verzugsfolgen beurteilen sich in einem solchen Falle gleich, wie wenn die Leistung gegenüber der eingetragenen Gesellschaft nicht stattgefunden hätte. — Infolge des Sacheinlageverzuges kommt die zur Eintragung im Handelsregister notwendige Deckung des Stammkapitals nicht zustande. Somit kann sich die Gesellschaft nicht eintragen lassen und erlangt damit auch nicht die juristische Persönlichkeit.

Diese einschneidenden wirtschaftlichen Verhältnisse erfordern eine rasche Lösung der rechtlichen Verzugsfolgen. Wir finden diese, da das G. m. b. H.-Recht für den Sachleistungsverzug nichts bestimmt, in den Art. 110 ff. OR. Der G. m. b. H. stehen nach ihrer Wahl [48]) verschiedene Rechtsbehelfe zu, die im Einzelnen unten (II—V) dargestellt sind.

II. *Die Klage auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung.*

a) *Die Klage auf Erfüllung.*

Die Gesellschaft ist berechtigt, dem säumigen Einleger eine angemessene Frist zur Erfüllung anzusetzen, oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen. In der Regel wird eine verspätete Erfüllung des Illationsvertrages für die Gesellschaft immer noch von Interesse sein. Mit der Erfüllungsklage kann der Sacheinleger durch den Richter auf Auslieferung des *bestimmten beweglichen* Sachgegenstandes verurteilt werden. In der Folge kann dann nach jeweiligem kantonalem Rechte auf Befehl des Richters dem Sacheinleger das Objekt der Einlage abgefordert oder weggenommen werden. Diesen richterlichen Befehl vollstrecken Gerichtsdiener, event. die Polizei. Wird die Sache nicht aufgefunden [49]), so wird der Sacheinleger schadenersatzpflichtig [50]). Auch nach einer rechtskräftigen Verurteilung [51]) zu einer sofortige Leistung stehen der Gesellschaft die weiteren Rechtsbehelfe der Art. 107 ff. OR offen (IIc unten).

Lautet die vom Sacheinleger versprochene Leistung auf Abtretung einer *unbeweglichen Sache,* so steht der Gesellschaft, bei Verweigerung der Anmeldung im Grundbuch durch den säumigen Gründer, die Befugnis zu, die Zusprechung des Eigentums durch den Richter zu verlangen [52]). Mit diesem Urteil kann die Gesellschaft, ohne Zustimmung des Sacheinlegers, einzig gestützt auf die Anweisung des Richters, die Ueber-

---

[48]) vgl. BGE 41 II 248.
[49]) „ Guhl S. 33.
[50]) Nicht zu verwechseln mit dem Anspruch auf den Ersatz des Verspätungsschadens (IIb unten).
[51]) vgl. BGE 58 II 418.
[52]) ZGB Art. 665.

tragung des Eigentums im Grundbuch veranlassen. Sollte trotzdem der säumige Gesellschafter noch nicht willig sein, den Besitz am Grundstück aufzugeben, so kann sich die Gesellschaft nach dem kantonalen Rechte gerichtlich in den Besitz einweisen lassen.

Mit der Klage auf Erfüllung kann nicht gleichzeitig eine Alternativ- oder Eventualklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung erhoben werden [53]), da das in Art. 107 ff. erwähnte Wahlrecht durch die Erhebung der Erfüllungsklage absorbiert ist.

Diesen etwas rabiaten Verschaffungsweg zur Erlangung des versprochenen Gegenstandes wird von der Gesellschaft wohl selten eingeschlagen werden, würde er doch die Mißstimmung unter den Gesellschaftern nicht etwa beseitigen, sondern nur noch verschärfen. Schliesslich bildet zu einer gesunden Geschäftsführung das Vertrauen und gute Auskommen der Gesellschafter unter sich eine wichtige Grundlage. M. E. wird die G. m. b. H. in der Regel gegen den säumigen Gesellschafter nicht die Erfüllungsklage anstrengen, sondern ihm eine Nachfrist zur Erfüllung ansetzen, und bei nochmaligem vergeblichem Warten einen andern Weg einschlagen (IId und e unten).

b) *Die Schadenersatzklage wegen Verspätung.*

Neben der Erfüllungsklage steht der Gesellschaft *jederzeit* auch das Anrecht auf Schadenersatz wegen verspäteter Leistung zu [54]). Der säumige Inferent ist verpflichtet, der Gesellschaft das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen, d. h. die Gesellschaft muss in diejenige Lage versetzt werden, in der sie sich bei rechtzeitiger Leistung befunden hätte [55]). Der Verspätungsschaden umfasst die unnötigerweise aufgewendeten Kosten für die Abnahme der Sachleistung im Zeitpunkte der Fälligkeit, die Aufwendungen, die die Gesellschaft in der Zwischenzeit treffen musste und die Nutzungen, die die Gesellschaft bei rechtzeitiger Lieferung aus der säumigen Sache hätte ziehen können [56]).

Ein Verspätungsschaden, besonders bei wichtigen Sacheinlagen, kann enormen Umfang annehmen. Durch Schadenersatz dieser Art kann jedoch der Zustand, der bestehen würde, wenn ein Verzug nicht eingetreten wäre, nicht hergestellt werden. Der entstandene Schaden ist nur durch Geld gutzumachen.

Mit andern Worten vergütet ein Schadenersatz wegen Verspätung den Unterschied zwischen dem Vermögen, das die G. m. b. H. bei rechtzeitiger Erfüllung haben würde, und dem Vermögen, das sie infolge der

---

[53]) vgl. BGE 50 II 20.
[54]) Art. 107, Abs. 2 und 103 OR.
[55]) vgl. BGE 41 II 248 und Domm S. 31.
[56]) Guhl S. 117.

verspäteten Leistung aufweist. Erhält die Gesellschaft infolge des Lieferungsverzuges eine Sache, deren Wert tiefer steht (vor allem Sacheinlagen mit Markt- und Börsenpreis) als er zur Zeit des Verzugseintrittes betrug, so besteht der weitere Schaden in der Differenz zwischen dem Marktpreis zur Zeit der Inverzugsetzung, und demjenigen der Zurverfügungsstellung der Sache [57]). Er ist nach Art. 106 OR ebenfalls vom säumigen Einleger zu tragen.

Ein Verspätungsschaden kann selbstverständlich nur dann berechnet werden, wenn die säumige Leistung überhaupt noch erfolgt, d. h., wenn der Verzug durch eine verspätete Leistung, erfolge sie nun freiwillig oder durch gerichtliche Vollstreckung, ein Ende findet. Verwandelt sich aber der Verzug in eine Unmöglichkeit der Leistung, dann darf dieser Verspätungsschaden nicht eingeklagt werden, da die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung [58]) diesen in sich schliesst (vgl. IIc, Abs. 1, unten).

c) *Die Haftung für den Zufall.*

Ausser der Schadenersatzpflicht wegen Verspätung muss der Einleger bei seinem Leistungsverzuge auch noch die Haftung für den Zufall übernehmen [59]). Von dieser Haftung kann er sich nur mit dem Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist, oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteile der Gesellschaft betroffen hätte [60]).

III. *Die Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung.*

a) *Der Verzicht auf die Leistung.*

Statt auf Erfüllung und auf Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu klagen, steht es nach Art. 107, Abs. *2* OR der G. m. b. H. frei, unter sofortiger Erklärung auf die nachträgliche Leistung zu verzichten. Voraussetzung des Verzichtes ist ein Ablauf der festgesetzten Nachfrist [61]), ohne Erfüllung durch den Inferenten. Diese Nachfrist kann in den schon oben behandelten Fällen als nicht erforderlich wegfallen [62]):

wenn aus dem Verhalten des Inferenten hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde, d. h. wenn der Einleger jede Erfüllung strikte verweigert,

---

[57]) vgl. BGE 47 II 439.
[58]) „ BGE 43 II 510, 45 II 277.
[59]) Art. 103, Abs. 1 OR.
[60]) Art. 103, Abs. *2* OR.
[61]) vgl. BGE 42 II 243.
[62]) Art. 108 OR.

wenn infolge des Verzuges die Leistung für die Gesellschaft nutzlos [63]) geworden ist (z. B. bei verpasster Verwertungsgelegenheit einer zu diesem Zwecke gegründeten G. m. b. H.),

wenn sich aus dem Sacheinlageversprechen (Statuten) die Absicht ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll [64]).

Mit der Verzichtserklärung hat auch eine Wahlerklärung der von der Gesellschaft angestrebten Rechtsfolgen zu geschehen. Die Wahlerklärung kann nach jeder neuen Mahnung zur Erfüllung abgegeben werden [65]), wobei es nicht so sehr auf die darin verwendeten Ausdrücke ankommt, sondern mehr auf ihren Sinn unter Berücksichtigung der Sachlage und der Umstände, die vernünftigerweise anzunehmen sind [66]). Wahlweise kann die Gesellschaft Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten (IV).

b) *Schadenersatz wegen Nichterfüllung.*

Der Verzicht der Gesellschaft auf Leistung der Sacheinlage kann trotzdem auf Beibehaltung des säumigen Einlegers als Mitglied gerichtet sein. An Stelle des Sachgegenstandes tritt Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Sacheinleger muss hier der Gesellschaft das Erfüllungsinteresse [67]) vergüten.

Da die Schadenersatzforderung auf einen Geldbetrag lautet, könnte angenommen werden, dass sich die Sacheinlage in eine Bareinlage verwandelt. Dem ist aber nicht so. Die Sacheinlage bleibt bestehen, ihre Leistung jedoch erfolgt wegen des Schadenersatzanspruches in Geld. Dass dieser Leistungsform ein gesellschaftsrechtliches Hindernis entgegenstehen würde, wie in der Literatur vielerorts angenommen wird, kann aus keiner der G. m. b. H.-Bestimmungen herausgelesen werden:

Art. 798, Abs. 2 OR schreibt vor, dass die Stammeinlagen den Gesellschaftern weder erlassen noch gestundet werden dürfen. Hiemit hat die Leistung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung jedoch nichts zu tun.

Art. 778 OR verlangt, dass eine Sacheinlage in den Statuten genau beschrieben und bewertet sein soll. Er wendet sich damit nur gegen Missbrauch mit Sacheinlagen, insbesondere gegen Höherbewertungen.

M. E. steht daher der Verwandlung der Leistungspflicht kein gesellschaftsrechtliches Hindernis entgegen, da die Gesellschaftsgläubiger

---

[63]) vgl. Domm S. 32.
[64]) vgl. aber § 4 III a. E.: Fixgeschäfte sind grds. auf Gesellschaftseinlagen nicht anwendbar.
[65]) vgl. BGE 44 II 411, 45 II 40.
[66]) „ BGE 54 II 313.
[67]) „ BGE 41 II 248, Rossel p. 107.

durch diese Transaktion nicht zu Schaden kommen können. Selbstverständlich wird dieser Weg von der Gesellschaft kaum eingeschlagen werden, wenn die säumige Sache wegen ihrer Natur und event. anderweitiger Unerhältlichkeit von höchster Wichtigkeit für den Bestand der Gesellschaft ist. Praktisch schränken sich solche Fälle von selber ein, indem die Gesellschafter eine derartig wichtige Leistung vor Gründung der Gesellschaft bedingen.

Schadenersatz wegen Nichterfüllung kann bei den allgemeinen Verzugsfolgen auch in der Weise geltend gemacht werden, dass die Schadenersatzleistung gefordert wird, statt der Leistung aber, d. h. statt der Sacheinlage deren Wert in Rechnung gestellt wird [68]). Da dem säumigen Sacheinleger jedoch schon die Mitgliedschaft an der G. m. b. H. (im Gründungsstadium an der einfachen Gesellschaft) verliehen worden ist, und anderseits diese Differenztheorie nur im kaufmännischen Verkehr [69]) Verwendung finden darf [70]), fällt diese Möglichkeit von selbst ausser Betracht für den Gesellschaftsvertrag.

Ein Schadenersatz kann nur solange wie die Erfüllung selbst verlangt werden. Die ordentliche Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der Forderung [71]).

IV. *Der Rücktritt vom Vertrage.*

a) *Die Regelung von Art. 107 OR.*

Nach OR 107 kann der Verzicht auch so ausgeübt werden, dass der Gläubiger vom Vertrage zurücktritt. Die Gesellschaft als Gläubigerin kann demnach [72]) einseitig den Vertrag aufheben und damit das schon verliehene Mitgliedschaftsrecht zurückfordern, resp. aberkennen [73]).

Neben dem Vertragsrücktritt hat die Gesellschaft überdies Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens [74]) in der Höhe des negativen Vertragsinteresses: Der Zurücktretende hat Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre [75]). Der Anspruch auf Rückgabe des schon Geleisteten (Mitgliedschaftsrechte), sowie der Schadenersatzanspruch beim Rücktritt verjährt nach 10 Jahren [76]). Der Inferent kann

---

[68]) vgl. Guhl S. 119/120.
[69]) „ Art. 190 OR.
[70]) „ BGE 54 II 208.
[71]) BGE 53 II 342.
[72]) vgl. aber die untenstehenden gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen.
[73]) OR Art. 107 und 109.
[74]) BGE 41 II 248.
[75]) BGE 47 II 188, 49 II 292.
[76]) vgl. BGE 60 II 27 und 61 II 255; über die Natur des Schadenersatzanspruches: BGE 61 II 256 und Art. 109, 2 OR.

sich von der Schadenersatzpflicht nur befreien, wenn er sich exkulpieren kann [77]).

b) *Die Beschränkungen durch das Gesellschaftsrecht.*

Dem Rücktritte vom Vertrag aus Art. 107, Abs. 2 OR, stehen die Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes entgegen: Eine besondere Vorschrift, die Rückzahlungen oder Rücktritte von Einlageverträgen verbietet, hat das OR nicht aufgestellt. Sie ergibt sich aber aus Art. 802 OR, wonach die Gesellschafter von der Solidarhaftung für die Verbindlichkeiten nur dann befreit werden, wenn das Stammkapital u. a. nicht durch Rückzahlungen (und diesen stehen Nichteinzahlungen, resp. Nichtleistungen von Apports gleich) vermindert worden ist [78]). Das deutsche Recht führt ein solches Verbot der Rückzahlungen in § 30, Abs. 1 HGB auf.

Diese gesellschaftsrechtlichen Schranken lassen sich aber durch zwei Auswege umgehen: Der durch den Rücktritt vom Vertrage entstehende Ausfall am Stammkapital muss aus vorhandenen Ueberschüssen über das Stammkapital hinaus gedeckt werden können, oder auch mit dem zur Erhaltung des Stammkapitals nötigen Vermögen (Herabsetzung des Stammkapitals) [79]).

Der Gesetzgeber hat aus wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt, dass die G. m. b. H. ein Mindestkapital aufweisen muss, hinter dem in gleicher Höhe die Solidarhaft der Gesellschafter steht. Ein Kapitalherabsetzungsverfahren kann daher nur gestattet sein, wenn das Stammkapital der G. m. b. H. nicht unter Fr. 20 000.—, und die einzelnen Stammeinlagen nicht unter Fr. 1000.— gesetzt werden [80]). Für das Verfahren verweist das Gesetz auf die Grundsätze des Aktienrechts (Art. 732—34 OR; Art. 735 OR kommt für die G. m. b. H. nicht in Betracht). Dieses braucht hier nicht eingehend dargestellt zu werden, immerhin sei in grossen Zügen gezeigt, welche Schwierigkeiten dabei zu überwinden sind.

Wegen der Gesellschaftsgläubigerinteressen verlangt das Gesetz, dem Kapitalherabsetzungsbeschluss vorgängig sei durch eine vom Bundesrat zugelassene Revisionsstelle festzustellen, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Stammkapitals voll gedeckt bleiben. Mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung muss dann auch eine Statutenänderung vorgenommen werden, da die Herabsetzung des Stammkapitals eine solche verlangt. Dem Beschluss selber folgt der öffentliche Gläubigeraufruf [81]), der dreimal im Schweizerischen Handels-

---

[77]) Art. 109, Abs. 2 OR.

[78]) vgl. Fanconi S. 60, Schoch S. 60/61.

[79]) vgl. Fick S 74/75; Domm S. 33; Gmür, Anm. 11 zu 799, 2 OR. Anderer Meinung ist z. B. v. Braun. Auf S. 47 findet er das ganze Problem des Rücktrittes und Ausschlusses als unzweckmässig und unnötig.

[80]) Art. 788 OR; vgl. auch Cahn S. 107.

[81]) Art. 733 OR.

amtsblatt, und ausserdem in der in den Statuten vorgesehenen Form zu erscheinen hat. Der öffentliche Aufruf hat auch dann zu erfolgen, wenn alle Gläubiger bekannt sind. Die angemeldeten Gesellschaftsgläubiger müssen sichergestellt oder befriedigt werden, und erst hernach kann die Herabsetzung des Stammkapitals durchgeführt werden. Sie erfolgt durch Anmeldung beim Handelsregisteramt des Hauptsitzes. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung in der Form der öffentlichen Urkunde muss beigelegt werden und bescheinigen, dass die Anmeldefrist abgelaufen ist und die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Mit der Eintragung im Handelsregister ist die Herabsetzung rechtlich vollzogen.

Der andere Ausweg umfasst verschiedene Möglichkeiten: Beim Rücktritt von einer Teilleistung kann auch eine Kombination von Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger entsprechender Kapitalerhöhung durch Einzahlung von neuem Kapital vorkommen. Dies ist auch bei der G. m. b. H. zulässig [82]), da die Herabsetzung der Stammanteile sich nur intern auswirkt, während für den Gläubiger keine Herabsetzung erfolgt.

Die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung müssen auch nicht befolgt werden, wenn die Deckung des Ausfalls am Stammkapital aus anderem Vermögen der Gesellschaft (verfügbare Reserven, Gewinnsaldo [83]), Einzahlungen von Gesellschaftern oder Dritten) möglich ist [84]). Wird der ganze oder der zum Teil nicht gedeckte Anteil des Sacheinlegers von einem andern Gesellschafter übernommen, so ist auch dieser Umstand als erlaubt zu betrachten, da das Stammkapital nicht angetastet wird, und somit die Gläubigerinteressen nicht gefährdet sind. Stehen solche Ueberschüsse oder Einzahlungen der Gesellschaft zur Verfügung, so wird sie in der Regel immer diesen Weg einschlagen, um die zeitraubende und umständliche Kapitalherabsetzung zu umgehen.

c) *Die Wirkungen des Rücktritts auf den Sacheinlagevertrag.*

Das oben dargestellte Rücktrittsrecht darf die G. m. b. H. somit nur ausüben, wenn sie die Kapitalerhaltungspflicht aufrecht erhält [85]). Erlaubt ihr das Gesellschaftsvermögen oder die Höhe des Stammkapitals den

---

[82]) Becker S. 82, Nr. 18.

[83]) Hier wird eine Rechnungsoperation vorgenommen. Statt dass eine entsprechende Gewinnverteilung stattfindet, wird das Konto des Stammkapitals gedeckt. Gesetzlich vorgeschriebene Reserven, Wohlfahrtsfonds usw. dürfen dabei nicht verwendet werden. Woher dieser Ueberschuss stammt, ist gleichgültig. Es kann sich auch um einen sog. Buchgewinn handeln, der z. B. bei Umwandlung von Reserven in Neuvermögen sich bildet. Vgl. auch BGE 51 II 435.

[84]) M. a. W. muss der Ausfall mit einem vorhandenen und einem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen übersteigenden Ueberschuss gedeckt werden können.

[85]) vgl. Frick S. 70; Hachenburg S. 386, Anm. 2 zu § 34.

Rücktritt vom Illationsvertrage, so können sich durch die Rücktrittserklärung folgende Auswirkungen für den Sacheinleger ergeben:

Leistete der Sacheinleger vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister die gesetzliche (50 %) oder event. statutarisch höhere (z. B. 70 %) Deckung durch Sacheinlagen, und wird nach Eintrag, wegen Nichterbringen des Restes der Einlage (50 %, resp. 30 %) von seiten der Gesellschaft der Rücktritt erklärt, so erstreckt sich dieser lediglich auf die fehlende Deckung [86]). Ebenso verhält es sich bei gemischten Einlagen, wo z. B. die erste Deckung (50 %, resp. 70 %) in bar eingezahlt worden ist, die versprochene Sacheinlage aber, die nach erfolgter Gründung erbracht werden sollte, nun nicht geleistet wird. Bei teilbaren Sacheinlagen kann sich die Rücktrittserklärung unter Umständen auf die gesamten Einlagen (geleistete Deckung und fehlende Totaldeckung) erstrecken, falls die schon erbrachte Minimaldeckung ohne die weitere Teilleistung nach Treu und Glauben für die Gesellschaft nicht verwendbar ist.

Legitimiert zur Rücktrittserklärung ist bei der G. m. b. H. die Gesellschafterversammlung [87]). Eine Weiterdelegation dieser Befugnis an die Geschäftsleitung erscheint hier als nicht richtig, insbesondere dann, wenn die Geschäftsführer nicht Gesellschafter sind. Die Herabsetzung des Stammkapitals, oder auch nur der einzelnen Stammeinlage, bedeutet eine Statutenänderung. Es ist daher ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der mit der in Art. 784 OR vorgeschriebenen Mehrheit gefasst werden muss, unumgänglich.

Vor der Erlangung der juristischen Persönlichkeit darf die Vorgesellschaft der G. m. b. H. (einfache Gesellschaft) den Rücktritt ebenso unverzüglich [88]) erklären. Besteht dabei die Vorgesellschaft nur aus 2 Mitgliedern, so erfolgt zwangsläufig damit die Liquidation. Besteht sie jedoch aus mehreren Mitgliedern, dann darf der Rücktritt nur durch Gesellschaftsbeschluss mit Zustimmung aller Mitglieder, oder mit Zustimmung der vertraglich festgesetzten Stimmenmehrheit erklärt werden, wobei nach Art. 534 auch die Personenmehrheit vorhanden sein muss.

V. *Die weiteren Folgen des Verzugs, insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Sacheinlegers.*

a) *Die Konventionalstrafe.* Art. 799 OR, in Verbindung mit Art. 777 OR, sieht solche Vertragsstrafen nur für den Verzug von Bareinlagen vor: „Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in den Statuten ... Konventionalstrafen, bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Ein*zahlungs*pflicht". M. E. will Art. 777 nicht abschliessend feststellen, was alles in

[86]) Falls der geleistete Teil auch ohne die ausstehende Leistung von Nutzen bleibt.

[87]) vgl. Art. 810, Abs. 8 und Art. 808, Abs. 2 OR.

[88]) vgl. Art. 107 OR.

den Statuten aufgenommen werden kann und darf, jedoch schreibt er zwingend vor, was aufgenommen sein muss, um Rechtsverbindlichkeit zu besitzen. Folglich kann es den Gründern ebenfalls erlaubt sein, für den Sachleistungsverzug Konventionalstrafen in den Statuten vorzusehen. Eine spätere Aenderung der Statuten zur Aufnahme einer Konventionalstrafenbestimmung bedarf hingegen der Zustimmung aller Gesellschafter, d. h. ebenfalls der Zustimmung des betreffenden Sacheinlegers [89]).

Konventionalstrafen im allgemeinen können zweierlei bedeuten: eine reine Strafe für Verspätung, aber auch die Umwandlung der versprochenen Leistung in eine Konventionalstrafe. Letzteres würde beim Illationsvertrage bedeuten, dass z. B. eine Sacheinlage im Werte von Fr. 100 000.— sich in eine Geldforderung von zum Beispiel Fr. 120 000.— (Fr. 100 000.— versprochene Einlage, Fr. 5000.— Schadenersatz und Fr. 15 000.— Busse) umwandeln würde. Eine solche Verwandlung der Sachleistung in eine Barleistung muss als zulässig angesehen werden, da die Sacheinlage nur in anderer Form geleistet wird, die Gesellschaftsgläubiger aber nicht zu Schaden kommen können. Praktisch werden die Gesellschafter nur dort Konventionalstrafen dieser Art vorsehen, wo die versprochene Sachleistung nicht unbedingt in natura für die G. m. b. H. erfolgen muss [90]). Wann die Konventionalstrafe eine Busse sein, oder wann sie an Stelle der Erfüllung treten soll, wird sich aus den Statuten ergeben. Auch lässt sich aus ihrer Höhe Rückschlüsse auf den Willen der Gründer ergeben.

Die Konventionalstrafe verfällt auch dann, wenn der Gesellschaft infolge des Verzugs kein Schaden erwachsen ist [91]). Entstand jedoch ein solcher, und übersteigt er die in der Konventionalstrafe enthaltene Busse und Schadensberechnung, so darf die Gesellschaft Ersatz dieses Schadens vom Inferenten verlangen. Bezüglich der Beweislast vertauschen sich hier die Rollen: Nicht der Schuldner hat die Beweise für „keinerlei Verschulden" zu erbringen, sondern der Gläubiger (Gesellschaft) hat als Voraussetzung dieser weiteren Schadenshaftung den gelungenen Beweis zu erbringen, dass den Schuldner (Sacheinleger) ein Verschulden trifft [92]). Uebermässig hohe Konventionalstrafen kann der Richter nach freiem Ermessen herabsetzen [93]).

b) Für *Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung* verweise ich auf Art. 41 ff. OR. Sie verjähren nach einem Jahre seit dem Tag der Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen [94]).

---

[89]) vgl. Art. 784, Abs. 3 OR.
[90]) gleicher Meinung Domm S. 36.
[91]) Art. 161, Abs. 1 OR.
[92]) Art. 161, Abs. 2 OR.
[93]) Art. 161, Abs. 3 OR.
[94]) Art. 60 OR und BGE 53 II 342.

c) *Die Rechtsfolgen bei Zahlungsunfähigkeit des Inferenten.* Konventionalstrafe und Schadenersatz wegen Nichterfüllung haben dann keine praktische Wirkung, wenn der Säumige neben der Leistungs- auch die Zahlungsfähigkeit nicht besitzt. Den Gläubigern der Gesellschaft, deren Stellung in dieser Arbeit nicht weiter untersucht werden soll, haften die Gesellschafter solidarisch für den Ausfall am Gesellschaftsvermögen. Das bedeutet für den einzelnen Gesellschafter eine Mehrhaftung, da der betr. Sacheinleger nicht nur seine Einlage nicht deckt, sondern praktisch auch als Mithaftender nicht in Frage kommt, da bei ihm nichts mehr zu holen ist. Dabei müssen aber die Gesellschafter zusehen, wie der säumige Sacheinleger trotz seiner Nichtleistung für den vollen Betrag Gesellschafter bleibt, da letzterer seine Mitgliedschaftsrechte einzig und allein durch sein angenommenes Einlageversprechen erworben hat.

Während dem säumigen Einleger nur ein Anspruch auf Geschäftsgewinn für den einbezahlten, resp. eingelegten Betrag [95]) zusteht, hat er jedoch ungekürztes Recht an der Mitverwaltung der G. m. b. H. Unter diesen Umständen sollte eine Verschärfung der Verzugsfolgen Platz greifen, z. B. wäre ein Ausschluss des säumigen Gesellschafters angebracht. Eine solche Massnahme sieht Art. 799, Abs. 2 OR, fakultativ nur für Bareinleger vor, die trotz zweimaliger Aufforderung durch eingeschriebenen Brief die Zahlung binnen einer mindestens einen Monat betragenden Nachfrist nicht leisten. Da hier aber wiederum nur von „Zahlung" die Rede ist, kann diese Kaduzierung nicht auf Sacheinleger Anwendung finden.

Der Gesellschaft bleiben aber noch andere Möglichkeiten offen, um diesem Missverhältnis ein Ende zu bereiten. Einmal: die Gesellschaft kann aufgelöst werden. Hiezu ist ein Gesellschaftsbeschluss notwendig, dem die Mehrheit — wenn nichts anderes in den Statuten bestimmt ist, drei Viertel sämtlicher Gesellschafter — zustimmen muss, wobei die Zustimmenden wiederum drei Viertel des Stammkapitals vertreten müssen [96]). Die Auflösung der Gesellschaft kann auch von einem einzigen Gesellschafter beim Richter verlangt werden, sofern er einen wichtigen Auflösungsgrund (der hier unter Umständen vorliegen mag), erbringen kann [97]).

Durch die Auflösung erfolgt jedoch eine Gesamtliquidation, die nicht in jedem Fall erwünscht sein kann. Daher steht es dem einzelnen Gesellschafter ebenso frei, beim Richter aus wichtigen Gründen auf Bewilligung seines Austrittes zu klagen [98]).

Am wichtigsten erscheint hier Art. 822, Abs. 3 OR, der einen Ersatz für die nicht anwendbare Kaduzierung darstellt: die Gesellschaft kann

[95]) Art. 804, Abs. 1 OR.
[96]) Art. 820 OR.
[97]) Art. 820, Abs. 4 OR und BGE 67 II 164/6.
[98]) Art. 822, Abs. 2 OR.

aus wichtigen Gründen beim Richter die Ausschliessung eines Gesellschafters beantragen, wenn die Mehrheit der Gesellschafter, die zugleich die Mehrheit des Stammkapitals vertreten, diesem Antrage zustimmt. Auf diese Weise wird eine ähnliche Massregelung erreicht, wie sie Art. 799, Abs. 2 OR, für den säumigen Bareinleger vorsieht. Immerhin muss hier ein Umweg über den Richter eingeschlagen werden, während zur Kaduzierung des säumigen Bareinlegers ein Gesellschaftsbeschluss genügt. Der Ausschluss darf wiederum nur unter Beobachtung der Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals erfolgen [99]). Kann der ausstehende Stammanteil aus Gesellschaftsvermögen, das über das Stammkapital hinaus vorhanden ist, getilgt werden, so kann von einer Kapitalherabsetzung Umgang genommen werden. Ist die nicht erbrachte Sacheinlage für die Geschäftsführung von lebenswichtiger Bedeutung, und kann sie nicht anderweitig beschafft werden, dann bleibt der Gesellschaft jedoch nichts anderes übrig, als sich aufzulösen.

VI. *Zusammenfassung.*

Zusammenfassend sei nochmals festgestellt, dass die analoge Anwendung der Verzugsfolgen des zweiseitigen Vertrages auf das einseitige Sacheinlageversprechen nur dann stattfinden darf, wenn keine gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen verletzt werden. Hiezu gehört wohl stets die Ansetzung einer Nachfrist zur Erfüllung. Praktisch wird die Gesellschaft nach unbenützter Nachfrist von den ihr offen stehenden Rechtsbehelfen die Klage auf Erfüllung, zusammen mit der Klage auf Schadenersatz wegen Verspätung, die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, oder dann das Verlangen auf Ausschluss des säumigen Gesellschafters durch den Richter, unter Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften, anstreben. Gerade hier [100]) zeigt sich die weiter entwickelte schweizerische Gesetzgebung, die den Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen durch den Richter ermöglicht, während z. B. das deutsche Recht diese Kaduzierungsart nicht kennt. Denn das Recht, besonders das Handelsrecht, darf nicht ein starres, Jahrhunderte dauerndes sein. Es muss mit der Entwicklung der Wirtschaft und des Handelsverkehrs Schritt halten und benötigt daher selber eine stete Weiterentwicklung durch die Gerichtspraxis und durch Revisionen, die immer wieder nötig sein werden [101]). Die vielerorts in der deutschen Literatur laut gewordene Forderung nach einer Kaduzierungsmöglichkeit des zahlungsunfähigen Sacheinlegers, hat somit bei uns zuerst ihre Verwirklichung gefunden.

---

[99]) Art. 822, Abs. 4 OR; vgl. die eingehenden Ausführungen beim Rücktritt vom Vertrage in § 7 IV oben.

[100]) vgl. auch den Text zu Anm. 129 in 3. Kap.

[101]) vgl. Fehr, das dynamische Element im künftigen schweiz. Handelsrecht.

II. KAPITEL

Die Unmöglichkeit der Sachleistung

Tritt nicht nur Verzug in der Sachleistung ein, sondern kann die Sache selbst überhaupt nicht erbracht werden, dann ist ihre Leistung unmöglich geworden. Gegenständlich kann die Unmöglichkeit der Leistung eintreten

1. durch Untergang der Sacheinlage selber, oder
2. durch Untergang der an der Sacheinlage bestehenden Rechte, z. B. der Eigentums- oder Pfandrechte des Sacheinlegers [1]).

Die Unmöglichkeit der Leistung selber erscheint in verschiedenen Gestalten in der Gesetzgebung. Da diese genau auseinander gehalten werden müssen, sei die Konstruktion der verschiedenen Arten kurz dargestellt:

Ist die Unmöglichkeit der Leistung für jedermann vorhanden, so spricht man von objektiver Unmöglichkeit. Ist sie in den persönlichen Verhältnissen des Sacheinlegers begründet, so liegt eine subjektive Unmöglichkeit vor.

In zweiter Linie muss der Zeitpunkt des Eintrittes der Unmöglichkeit näher bestimmt werden: Ist die Leistung von vorneherein unmöglich, so nennen wir sie ursprüngliche oder schon zur Zeit des Sacheinlageversprechens vorhandene Unmöglichkeit. Wird die Leistung aber erst nach Abgabe des Sacheinlageversprechens unmöglich, so begründet dieser Umstand die nachträgliche oder nachfolgende Unmöglichkeit.

Diese Einteilungen haben nun nicht zur Folge, dass die Unmöglichkeit der Leistung in dieser Art getrennt auftritt, sondern je nach der Zusammenstellung von Art und Eintrittszeitpunkt der Unmöglichkeit ergeben sich verschiedene Tatbestände, die auch verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen (vgl. § 8—10 unten). Eine dieser Einteilungspaarungen soll in § 8 vorweg behandelt werden, da das Gesellschaftsrecht für die Haftung für den zufälligen Untergang der Leistung besondere Bestimmungen aufgestellt hat, während für die übrigen Paarungen wiederum eine besondere Lösung gefunden werden muss.

§ 8. Die Haftung für den zufälligen Untergang der Sache

I. *Allgemeines.*

Wird die Sachleistung durch einen Umstand unmöglich, für dessen Eintreten weder der Sacheinleger noch die Gesellschaft eine Verantwor-

[1]) vgl. Egli S. 10.

tung trifft, dann verhindert der Zufall die Erfüllung des Sacheinlageversprechens. Diesen Umstand kann man mit Hilfe der oben besprochenen Einteilungspaarungen als „objektive nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung ohne Verantwortung" bezeichnen. Objektiv unmöglich, da weder der Sacheinleger noch die Gesellschaft ein Verschulden daran trägt, also ohne Verantwortung [2]), und nachträgliche Unmöglichkeit, weil diese zeitlich erst nach Abgabe des Illationsversprechens eintrat.

Unter dieser Unmöglichkeit, die niemand zu vertreten hat, ist nicht nur die absolute Unmöglichkeit zu verstehen. Es genügt auch die relative, wonach die Leistung ohne ein unzumutbares Opfer nicht bewirkt werden kann [3]). War die Unmöglichkeit jedoch für den Inferenten voraussehbar, so bildet dieser Umstand ein Verschulden seinerseits, und die anzuwendenden Rechtssätze beurteilen sich nach § 10. Ebenso kann der Inferent, der vertraglich das Zufallsrisiko auf sich genommen hat, sich nicht auf diese gesetzliche Regelung berufen [4]).

Zum Zufall ist grds. die höhere Gewalt nicht zu rechnen [5]).

Der 12. Titel des OR (G. m. b. H.) bestimmt selber nichts über die Haftung für den zufälligen Untergang der versprochenen Sacheinlage. Für das Verhältnis der Gesellschafter unter sich bildet jedoch die einfache Gesellschaft die subsidiäre Rechtsform, solange die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist [6]). In Art. 531, Abs. 3 OR, wird bezüglich der Tragung der Gefahr auf die Grundsätze des Kaufvertrages verwiesen (Art. 185 OR). Aber auch nach Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister steht mangels direkter Bestimmungen, zusammen mit dem Vergleiche der Regelung für die einfache Gesellschaft und unter Berücksichtigung der Natur des Illationsversprechens [7]) m. E. kein Hindernis entgegen, die Zufallsregelung des Kaufsrechtes anzuwenden.

Von der Zufallshaftung sind streng zu unterscheiden die ursprüngliche Unmöglichkeit (§ 9), und die vom Sacheinleger verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit (§ 10), die besonderen Rechtsfolgen unterworfen sind. Art. 185 OR trifft demnach nicht zu, wenn z. B. der Inferent aus einem von ihm zu vertretenden Umstand nicht leisten kann [8]).

---

[2]) vgl. BGE 44 II 406.

[3]) vgl. BGE 57 II 534; eine blosse Leistungserschwerung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen, oder eine notwendige Umstellung eines Teils eines Fabrikationsbetriebs, können dagegen nicht ohne weiteres als „unzumutbar" erklärt werden.

[4]) vgl. BGE 54 II 337.

[5]) Guhl S. 116; vgl. immerhin BGE 42 II 380.

[6]) vgl. Guhl S. 252.

[7]) vgl. § 3.

[8]) vgl. Weiss Nr. 5022 zu Art. 185 OR und BGE 44 II 398.

Art. 185 OR regelt die Zufallshaftung wie folgt: „Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über. Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein".

II. *Die Voraussetzungen.*

Die Voraussetzungen für den Gefahrenübergang sollen hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt sein, da sie mit denjenigen des Sachgegenstandes [9]) weitgehend übereinstimmen: Voraussetzung ist das Zustandekommen eines perfekten Vertrages, d. h. für den Illationsvertrag der genehmigte Gesellschaftsvertrag. Ferner muss der Wert der Sache festgesetzt werden und die Sache selber gehörig bestimmt sein. Alle diese Voraussetzungen sind hier unbedingt erfüllt, da sie in den Statuten enthalten sein müssen.

III. *Die Haftung für die Spezieseinlage.*

Die Gefahrtragung für den Zufall geht für Speziessachen mit dem Abschlusse des Illationsvertrages, d. h. mit der Genehmigung der Statuten in der Gründerversammlung, vom Inferenten auf die Gesellschaft über. Der Inferent wird nach zufälligem Untergang seiner Einlage von einer weiteren Leistungspflicht befreit, während die Gesellschaft den Schaden zu tragen hat. Der Sacheinleger bleibt im Besitze seiner vollen Mitgliedschaftsrechte. Für den entstehenden Ausfall am Gesellschaftsvermögen haften nach aussen die Gesellschafter solidarisch; unter sich haben sie den Verlust nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages zu tragen.

Wird die Sacheinlage als Spezies nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages, jedoch noch vor Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister durch Zufall unmöglich, dann kann sich die Gesellschaft mangels genügender Deckung ihres Stammkapitals nicht eintragen lassen. Die Gründer selber haben, mangels der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft, den Schaden zu tragen. Auch hier behält der Sacheinleger seine Mitgliedschaftsrechte an der einfachen Gesellschaft. Kann der beabsichtigte Gesellschaftszweck ohne die untergegangene oder uneinbringbare Sache nicht mehr erreicht werden, so muss die Gesellschaft, unter Haftung der Gesellschafter für den eingetretenen Verlust, wieder aufgelöst werden [10]). Bei weniger wichtigen Verlusten kann durch Aenderung des Gesellschaftsvertrages für die nötige Deckung des Stammkapitals gesorgt werden, so dass eine Eintragung im Handelsregister möglich wird.

---

[9]) vgl. § 2 II.

[10]) Art. 545 OR.

Diese gesetzliche Regelung hat überall da Geltung, wo nichts anderes vereinbart wurde. Ihre Auswirkungen lassen sich am besten an einem Beispiele erkennen: Zwecks Verwertung eines grösseren, zur Nutzung gepachteten Bergwaldes gründen drei Interessenten eine G. m. b. H. In den Statuten wird festgesetzt, dass vor Handelsregistereintrag das Stammkapital zu 60 % gedeckt sein müsse, die weiteren 40 % auf dem Stammkapital seien 30 Tage nach Registereintrag einzubringen. A als Sacheinleger bringt zur Deckung seiner Stammeinlagequote (60 %) eine Sägerei ein, während er in einem Monate eine zusätzliche Sägeeinrichtung im Werte der übrigen 40 % zu leisten verspricht. B ist Bareinleger. C als gemischter Einleger zahlt bar 60 % seines Anteils als Deckung, als weitere Leistung in einem Monat (40 % seines Stammanteils) verspricht er die Einlage seiner vor der Vollendung stehenden Holzseilbahn. Nach Handelsregistereintrag, jedoch kurz vor Einlage der Holzseilbahn, wird diese nach ihrer Fertigstellung durch höhere Gewalt (Steinschlag, Felssturz) [11]) vollständig zerstört. Da im Gesellschaftsvertrage eine besondere Regelung betr. Nutzen- und Gefahrübergang vergessen wurde, tritt die gesetzliche Regelung in Kraft: Nach Art. 185 OR hat die Gesellschaft die Gefahr seit Abschluss des Gesellschaftsvertrages zu tragen. C wird von seiner Leistung befreit, als ob sie erbracht worden wäre. Er bleibt Gesellschafter und geniesst die Mitgliedschaftsrechte in vollem Umfange seines Anteils. Den eingetretenen Verlust der Seilbahn trägt er nur subsidiär und anteilsmässig nach der Höhe seiner Einlage.

IV. *Die Haftung für die Gattungseinlage.*

Ob der Sachgegenstand eine Gattungssache sein kann, muss aus Art. 778 OR gefunden werden. Die Statuten sollen nach dieser Bestimmung über den Gegenstand der Sacheinlage Aufschluss geben. Zweck dieses Artikels ist, das Publikum darauf aufmerksam zu machen, dass das Stammkapital der G. m. b. H. nicht vollständig aus barem Gelde zusammengesetzt ist [12]). Dieser Aufschluss über die Sacheinlage hat so zu erfolgen, dass die Identität der Sache unzweifelhaft feststeht. Vertretbare bewegliche Sachen sind demnach genügend bestimmt, sobald ihre Gattung, Gewicht, Anzahl usw. im Gesellschaftsvertrag verankert sind.

Für Gattungswaren geht die Zufallshaftung nicht ohne weiteres mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages auf die Gesellschaft über. Würden diese Gattungsgegenstände nicht einer besonderen Regelung unterstehen, so würde es dem Sacheinleger offen stehen zu erklären, die versprochene Leistung sei z. B. zusammen mit seinem Lager durch Feuer zerstört worden. Da die Gesellschaft für die Gefahr hafte, sei seine Leistung nun

[11]) Nach BGE 40 II 70 und 42 II 380 gehört zum Zufall auch die höhere Gewalt.
[12]) vgl. Staub-Hachenburg S. 127; Huber S. 76.

auch hinfällig geworden. Art. 185, Abs. 2 OR verlangt daher, dass bei Gattungssachen die Gefahrtragung erst mit der Ausscheidung der Ware auf den Käufer übergeht. Geht die Sacheinlage vor ihrer Trennung oder Bestimmung von den übrigen vertretbaren Waren unter, so hat der Sacheinleger den Zufall zu tragen, und er ist weiterhin zur Leistung der versprochenen Einlage verpflichtet. Da es sich hier um vertretbare Sachen handelt, ist deren Leistung jederzeit möglich. Scheidet der Sacheinleger die vertretbaren Sachgegenstände aber von seinem Lager aus, so läuft von diesem Zeitpunkte an die Tragung der Gefahr auf Kosten der Gesellschaft, und die Rechtsfolgen bei einem zufälligen Untergang beurteilen sich gleich wie bei den Speziessachen. Wann die Ausscheidung als vollendet anzusehen ist, d. h. wann die Genussleistung sich in eine Speziesleistung verwandelt, ist im einzelnen Falle zu bestimmen. Zur Illustration sei folgendes Beispiel erwähnt: Der Gründer A verspricht die Leistung von 10 000 kg amerikanischer Baumwolle Strict Middling 1 inch zu Fr. 300.— je 100 kg = einer Stammeinlage von Fr. 30 000.—. Geht nun dem A sein Baumwollager dieser Type durch Zufall, z. B. Feuer, Wasserschaden usw., unter, und war die für die Gesellschaft vorgesehene Menge noch nicht ausgeschieden, separat gelagert oder mit besonderem Kennzeichen versehen, so bleibt A weiterhin zu seiner Einlageleistung verpflichtet.

V. *Die Haftung für Einlagen mit Versendung.*

Wurde z. B., in Anlehnung an obiges Beispiel, Baumwolle als Einlage versprochen, die erst noch von einem Lager in Memphis nach der Schweiz transportiert werden muss, dann trägt der Sacheinleger A die Gefahr für die Sacheinlage, bis die Ware versandt ist[13]). Nach OR Art. 185, Abs. 2 a. E. muss die Sache zur Versendung aufgegeben sein, damit ein Gefahrenübergang stattfinden kann. Nach einem Entscheide des Zürcher Handelsgerichtes[14]) gilt die Ware dann als ausgeschieden und versandt, wenn im Ueberseehandel das Konnossement ausgestellt ist. Diese Regelung ist leicht erklärlich, da für die Ausfertigung des Konnossements die Baumwollballen z. B. bezeichnet (Bezeichnung des Verschiffungsloses) und abgewogen sein müssen, d. h. der Versand und damit die Ausscheidung aus dem Lager muss stattgefunden haben.

Geht die Sache durch Zufall unter, so trägt für deren Vernichtung nach Ausstellung des Konnossements die Gesellschaft die Gefahr. Sie darf keine entsprechende Leistung vom Sacheinleger A mehr verlangen, während vor Ausstellung des Konnossements (im Binnenhandel Frachtbrief usw.) der Sacheinleger weiterhin zu leisten verpflichtet bliebe. Der

---

[13]) Art. 185, Abs. 2 OR.

[14]) vgl. Egli S. 96; BGE vom 7. 6. 21.

Einwand, dass solche Transporte stets versichert seien, nimmt dieser Haftungsregelung nicht die Bedeutung, denn nach Gefahrübergang stehen einmal der Gesellschaft die Entschädigungsansprüche gegenüber der Versicherungsanstalt zu, und dann erhält sie für die versprochene Sacheinlage im besten Falle nur eine gleichwertige Ersatzleistung in Geld, nicht aber in der gewünschten Ware.

Für die noch ausführlichere Behandlung der Frage, wann Ausscheidung oder Versendung der Sache erfolgt sei, sei auf die Spezialliteratur verwiesen; hier mögen obige Beispiele genügen. Festgehalten sei, dass sich die Beurteilung der Rechtsfolgen nach denjenigen der Speziessachen richtet, sobald eine Ausscheidung oder Versendung erfolgt ist.

VI. *Die Haftung für Einlage von Grundstücken.*

Bei Grundstücken gilt ebenfalls die Regel des Art. 185 OR. Praktisch wird sie aber durch Art. 220 OR stark in den Hintergrund verdrängt: Wird für die Uebernahme eines Grundstückes vertraglich ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt, so geht die gesetzliche Vermutung dahin, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkte auf den Käufer übergehen. An diese Zeitfixierung wird bei der öffentlichen Beurkundung eines Grundstückvertrages meistens gedacht. In einem solchen Falle trägt die Gesellschaft die Gefahr für einen zufälligen Untergang erst vom verabredeten Uebernahmezeitpunkt an.

Wurde im Grundbuche die Gesellschaft schon als neue Eigentümerin eingetragen, die Uebernahme aber auf einen späteren Zeitpunkt verabredet, so haftet nach dem Wortlaut des Art. 220 der Verkäufer (Sacheinleger) immer noch für den Zufall, trotzdem er nicht mehr Eigentümer ist. Dagegen steht ihm bis zu diesem Zeitpunkte die Nutzung am Objekte zu. Dieser Spezialfall des Gefahrenüberganges befriedigt nicht recht [15]). Man muss sich aber vor Augen halten, dass die gesetzliche Präsumption erst Platz greift, wenn nicht Gegenteiliges verabredet wurde. Beim Gesellschaftsvertrag und bei der notariellen Verschreibung des Grundstückes haben aber die Parteien infolge der Schriftlichkeit und qualifizierten Niederschreibung genügend Zeit, für die Gefahrtragung eine besondere Regelung aufzunehmen. Auch bei den beweglichen Sachen (vgl. III—V) machen Verabredungen Ausnahmen von der gesetzlichen Regel, da letztere nur subsidiäre Geltung hat.

Die Beweislast für einen von der gesetzlichen Präsumption abweichenden Gefahrenübergang trägt diejenige Partei, die aus ihren behaupteten Tatsachen Rechte ableitet [16]).

---

[15]) vgl. Egli S. 72.
[16]) ZGB Art. 8.

Die weiteren Rechtsfolgen im Falle der Haftung durch die Gesellschaft beurteilen sich gleich wie unter III oben [17]).

VII. *Die weiteren Rechtsfolgen.*

Gemeinsam für alle besprochenen Haftungen bei zufälligem Untergang der Sacheinlage gilt der Satz, dass im Falle der Gefahrtragung durch die Gesellschaft der Inferent zur Rückerstattung jeden Vorteils, der ihm aus dem Unmöglichwerden der Leistung resultiert (z. B. Brandversicherungsentschädigung), verpflichtet ist [18]). Die Folgen eines solchen Gefahrenübergangs können die Gesellschaft hart treffen. Wie schon mehrmals erwähnt, kann durch den Untergang der Sacheinlage das Fortbestehen der Gesellschaft fraglich werden. Die Gesellschaft muss eventuell aufgelöst oder bei mehr als 2 Gesellschaftern könnten Austritte aus der Gesellschaft verlangt werden.

In der deutschen Literatur [19]) wird die Ansicht vertreten, dass das Weiterbestehen der Mitgliedschaftsrechte des Sacheinlegers, dessen Leistung durch Zufall unmöglich wurde, einen unbilligen Zustand darstelle, der im Interesse einer gedeihlichen Existenz der Gesellschaft nicht bestehen dürfe. Während Domm allein die Möglichkeiten für eine Zwangsamortisation oder Ausschluss des betreffenden Gesellschafters untersucht, stehen Haux und Domm beide auf dem Standpunkte, dass der so betroffene Gründer wohl noch Gesellschafter bleibe, jedoch laut § 323 BGB [20]) jeden Anspruch auf Dividende oder Gewinn verliere. Ohne dieses Verfahren auch für das deutsche Recht als unmöglich bezeichnen zu wollen, ist diese Meinung m. E. zu stark an die Regelung des Art. 119, Abs. 2 OR gelehnt, wo der Schuldner aus ungerechtfertigter Bereicherung die schon erbrachte Gegenleistung herauszugeben hat. Das Gesetz selber [21]) aber schliesst von dieser Regelung die Zufallshaftung beim Kaufvertrage und im Gesellschaftsrechte aus. Die Gesellschaft trägt demnach nicht nur die Haftung für den Ausfall allein, sie hat auch die daraus entstehenden Konsequenzen zu tragen. Dem betroffenen Gesellschafter die Gewinnberechtigung abzusprechen, käme einer Nichtbeachtung der Gefahrenregelung gleich. Wenn die Gesellschaft die Gefahr für den zufälligen Untergang der Sache zu tragen hat, so muss dem Verluste die voll erbrachte Leistung gleichgestellt werden, als ob die Uebertragung der Sache an die Gesellschaft stattgefunden hätte. Der betroffene Sacheinleger bleibt im Besitze seiner sämtlichen erworbenen Mitgliedschaftsrechte.

---

[17]) vgl. aber auch VII unten.
[18]) vgl. BGE 51 II 174.
[19]) vgl. Haux S. 114; Domm S. 63.
[20]) vgl. auch Art. 804 OR.
[21]) Art. 119, Abs. 3 und 531, Abs. 3 OR.

Würde z. B. die Zerstörung der Seilbahn durch Naturgewalt einen Tag nach Eigentumsübergang eintreten, so bliebe der Sacheinleger ohne Zweifel gewinnberechtigt. Geht die Seilbahn aber schon vorher unter, so bedeutet gerade der Umstand der Gefahrenhaftung durch die Gesellschaft, dass sie dieses Zufallrisiko zu tragen hat, der Sacheinleger selber aber in keinem seiner Mitgliedschaftsrechte eingeschränkt werden darf. Eine andere Lösung würde die gesetzliche Regelung in ihrer Wirkung schmälern.

Aus dem Vorangehenden ergibt sich die Nichtdurchführbarkeit eines Ausschlusses des betr. Sacheinlegers aus einem wichtigen Grunde, da die Gesellschaft selber diesen wichtigen Grund zu vertreten hat.

Abschliessend sei nochmals erwähnt, dass diese Regelung nur subsidiäre Verwendung findet, nämlich dann, wenn nichts anderes bestimmt wurde. Es ist somit bei jedem Sacheinlageversprechen auf spätere Zeit von Vorteil, die Tragung der Gefahr auf die für die Gesellschaft günstigste Weise vertraglich zu vereinbaren [22]).

§ 9. Die ursprüngliche Unmöglichkeit der Sacheinlage

I. *Objektive Unmöglichkeit von Anfang an.*

Objektiv unmöglich ist die im Gesellschaftsvertrage versprochene Sacheinlage dann, wenn sie nicht nur vom Sacheinleger, sondern auch von niemand anderem erbracht werden kann. Die Leistung kann eine tatsächlich oder rechtlich Unmögliche sein [23]). Tatsächliche Unmöglichkeit von Anfang an liegt dann vor, wenn die versprochene Leistung gar nicht vorhanden, zur Zeit des Vertragsschlusses schon zerstört oder untergegangen ist, während rechtlich die Einbringung eines Gegenstandes, der dem Sacheinleger gar nicht gehört, von Anfang an unmöglich ist.

Der Begriff der objektiven Unmöglichkeit ist auch auf alle diejenigen Fälle auszudehnen, wo dem Sacheinleger nach Treu und Glauben die Leistung gar nicht zugemutet werden darf. Es kommt hier auf die Natur der versprochenen Sache an, mit Berücksichtigung der örtlichen und zeitlichen Verhältnisse und der Verkehrssitte [24]). Es ist somit überall da, wo die Leistung des Sacheinlegers gegenüber der Gegenleistung als übertrieben und unvernünftig erscheint, ebenfalls Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen [25]).

Auf die schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Unmöglichkeit der Leistung findet die Vorschrift des Art. 20 OR Anwendung: „Ein

---

[22]) Ueber die Zufallshaftung bei Verzug der Leistung oder mangelhafter Leistung der Sacheinlage vgl. § 7 IIc und Text zu Anm. 113 im 3. Kap.

[23]) vgl. Guhl S. 34.

[24]) vgl. Domm S. 52.

[25]) vgl. auch Guhl S. 34.

Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat, oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig."

Demnach ist das versprochene, unmögliche Sacheinlageabkommen nichtig [26]). Der Sacheinleger hat weder die Sache zu erbringen, noch hat die Gesellschaft die Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Einleger aufrecht zu erhalten. Der ganze Illationsvertrag mit all seinen Bestimmungen existiert überhaupt rechtlich nicht und ist nie zustande gekommen.

An Stelle der unmöglichen Sachleistung kann keine Geldleistung treten; eine Leistung kann noch weniger von der Gesellschaft verlangt werden, da der Anteil des „Sacheinlegers" überhaupt nicht zur Entstehung kam. Allfälliger Schadenersatz darf von der Gesellschaft auch nicht gefordert werden [27]).

Wie schon oft betont, wird in vielen Fällen eine wichtige Sacheinlage den Anstoss zur Gesellschaftsgründung gegeben haben. Hier fallen mit der Nichtigkeit des Sacheinlageversprechens zugleich die Voraussetzungen der Gesellschaftsgründung dahin. Der nichtige Illationsvertrag kann aber nicht zur Ungültigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages führen [28]), denn dieser Umstand kann einzig und allein durch Auflösung der Gesellschaft erreicht werden.

Die objektive Unmöglichkeit der Leistung wird sich meistens schon bei der Festsetzung der Statuten herausstellen, da dort, wie schon erwähnt, genaue Angaben über den Gegenstand der Sacheinlage enthalten sein müssen. Kam der Gesellschaftsvertrag aber zustande, und wurde die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, so zieht die Nichtigkeit des Einlageversprechens weitere gesellschaftsrechtliche Konsequenzen nach sich: Das Stammkapital der Gesellschaft ist infolge der nicht erbringlichen Stammeinlage nicht voll gedeckt, wofür die Gesellschaft weder Geldleistung noch Schadenersatz fordern kann. Falls möglich, wird eine Kapitalherabsetzung am Platze sein. Während nach aussen die Gesellschafter für den nicht zustande gekommenen Stammanteil solidarisch [29]) haften, haben sie intern keine Handhabe gegen den „Sacheinleger", da dieser für seine objektiv unmögliche Leistung nicht haftbar ist. Die Gesellschaft kann den Sacheinleger wegen der gänzlichen oder teilweisen [30]) Nichtigkeit einzig belangen, wenn sie zu beweisen vermag, dass der Sacheinleger die Gründer absichtlich über den wirklichen Sachverhalt täuschte. Die absichtliche Täuschung bildet ein Delikt des Art. 41 OR und

---

[26]) vgl. Haux S. 106.
[27]) vgl. Haux S. 107.
[28]) vgl. Art. 24 a. E. OR.
[29]) vgl. Art. 802, Abs. 1 OR.
[30]) vgl. Art. 20, Abs. 2 OR. Für die teilweise Nichtigkeit des Illationsversprechens hat sich der Einleger eine Reduktion seines Stammanteils gefallen zu lassen, event. durch richterliches Urteil.

gibt der Gesellschaft Anspruch auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung, wenn sie hinsichtlich des später dahingefallenen Illationsvertrages Aufwendungen machen musste [31]). Abgesehen davon, dass eine absichtliche Täuschung kaum vorkommen kann und wird, wird auch ein Schadenersatzanspruch bei schlechten Vermögensverhältnissen des Täuschenden keinen grossen Erfolg haben, und der Ausfall am Stammkapital wird auch durch den Schadenersatzanspruch nicht gedeckt.

Wird eine anfänglich unmögliche Leistung [32]) später möglich, indem z. B. eine Erfindung, die zur Zeit des Illationsvertrages noch nicht patentiert war, später aber das Patent erhält [33]), so bleibt es praktisch für die G. m. b. H. gleichgültig, ob die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses noch unmöglich war. Der Illationsvertrag ist gültig.

II. *Subjektive Unmöglichkeit von Anfang an.*

Kann der Sacheinleger seine versprochene Sacheinlage schon bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages wegen eines Umstandes nicht leisten, den er zu vertreten hat, so spricht man vom „Unvermögen des Sacheinlegers". Hat er z. B. eine Maschine versprochen, die zur Zeit des Illationsvertrages nicht sein Eigentum ist, so kann der Inferent diese Sache nicht einbringen, während ein anderer die Möglichkeit hätte, zu leisten. Die Unmöglichkeit liegt also hier im Unvermögen des betreffenden Sacheinlegers, im Gegensatz zur objektiv unmöglichen Leistung, die überhaupt niemand erbringen kann.

Die Gesellschaft wird mit Recht sagen können, dass sie vom Unvermögen des Sacheinlegers nichts wusste, und dass sie auf die objektiv mögliche Leistung dringe. Das Gesetz geht ebenfalls von dieser Auffassung aus, indem es denjenigen, der eine objektiv mögliche Leistung verspricht, zur Erfüllung verpflichtet, ob diese dem Sacheinleger subjektiv nun möglich sei oder nicht. Der Versprechende hat dafür einzustehen, dass die Leistung ihm möglich ist [34]).

Der Illationsvertrag ist und bleibt daher an sich gültig. Nur drei Umstände können den Sacheinleger von seiner Leistungspflicht befreien: Erstens, wenn im Illationsvertrage die subjektive Unmöglichkeit vorgesehen und z. B. eine Bestimmung in den Statuten aufgenommen wurde, dass der Sacheinleger seiner Kapitaldeckungspflicht durch eine entsprechende Barzahlung nachkommen dürfe, falls er nicht in der Lage sein

---

31) vgl. Guhl S. 73.

32) Die Voraussetzungen des Sachgegenstandes in § 2 II müssen jedoch erfüllt sein.

33) vgl. Domm S. 58; Haux S. 107.

34) vgl. Domm S. 59.

sollte, die versprochene Sache zu erbringen. Zweitens wird der Sacheinleger von seiner Einlagepflicht ebenfalls befreit, wenn neben sein Unvermögen (z. B. persönliches Einfuhrverbot) eine nachträgliche, von niemandem zu vertretende Unmöglichkeit (allgemeines Einfuhrverbot z. B.) tritt, so dass dann niemand mehr imstande wäre, diese Leistung zu erbringen [35]). Drittens ist der Vertrag nichtig, wenn die Erfüllung der Einlagepflicht dem Sacheinleger nicht zumutbar ist. Nach ZGB, Art. 27, wird ein Vertrag ungültig, sobald er gegen die guten Sitten oder die persönliche Freiheit verstösst. Für diese Rechtsfolgen vgl. I oben.

In allen andern Fällen, den Regelfällen, ist dagegen die Einlageverpflichtung voll gültig [36]). Nach Treu und Glauben ist der Sacheinleger verpflichtet, der Gesellschaft so bald als möglich von seinem Unvermögen Mitteilung zu machen [37]). Die Rechtsfolgen der subjektiven Unmöglichkeit von allem Anfang an beurteilen sich gleich wie diejenigen der subjektiven nachträglichen Unmöglichkeit (§ 10, III) [38]). An dieser Stelle sei der Vollständigkeit halber nur erwähnt, dass die Gesellschaft zunächst die Herstellung des Zustandes fordern darf, der bestehen würde, wenn die subjektive Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre. Sie kann also Erfüllung fordern, oder auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung, event. sogar vom Vertrage zurücktreten. Eingehend werden diese Rechtsfolgen in § 7 behandelt [38]).

§ 10. Die nachträgliche Unmöglichkeit der Sachleistung

I. *Allgemeines.*

Tritt der die Leistung verunmöglichende Umstand, unabhängig von einem Zufall, nach Abschluss des Illationsvertrages ein, so ist zu untersuchen, ob die Gesellschaft, oder der Sacheinleger diese Leistungsverhinderung zu vertreten hat. Die Frage richtet sich darauf, wer die Unmöglichkeit verursacht hat, oder doch dafür verantwortlich ist.

Selten wird es die Gesellschaft sein, welche die Leistung des Sacheinlegers verunmöglicht, hat sie doch selber das grösste Interesse an der Erfüllung des Einlageversprechens. Liegt die Unmöglichkeit aber in der Person des Sacheinlegers, oder hat er wenigstens diese zu verantworten, so ergeben sich verschiedene Rechtsfolgen (vgl. II und III unten).

---

[35]) vgl. § 8.

[36]) Die Rechtsfolgen der Nichterfüllung beurteilen sich nach Art. 97 ff.

[37]) Domm S. 59.

[38]) Die subjektive Unmöglichkeit, anfängliche und nachträgliche, zieht die gleichen Rechtsfolgen wie die Nichterfüllung nach sich. Um nicht nochmals die gleichen Ueberlegungen über die Anwendbarkeit dieser Regeln auf die Gesellschaftsverhältnisse anführen zu müssen, verweise ich auf die Darstellung der Rechtsfolgen in § 7.

Voraussetzung für den Eintritt der unten zu behandelnden Rechtsfolgen ist das Verschulden des Sacheinlegers für die Unmöglichkeit der Leistung. Wenn der Inferent entgegen seinem Versprechen die Einlage nicht erbringt, so hat er für jedes Verschulden — Absicht, grobe und leichte Fahrlässigkeit [39]) — zu haften. Nach Gesetz [40]) darf diese Verschuldenshaftung vertraglich nur für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden, praktisch liegt es jedoch nicht im Interesse der Gesellschaft, eine solche Haftungsbeschräkung einzugehen. Nach gesetzlicher Vermutung haftet der Sacheinleger für jedes Verschulden. Um die einschlägigen Rechtsfolgen geltend machen zu können, genügt für die Gesellschaft der Umstand, dass der Sacheinleger nicht erfüllt hat. Eine Beweisführung für ein Verschulden des Inferenten wäre für die Gesellschaft zu schwierig und darf ihr nicht auferlegt werden. Deshalb genügt nach Gesetz die Tatsache der Nichterfüllung eines Vertrages [41]).

Von den Rechtsfolgen der nachträglichen Unmöglichkeit kann sich der Sacheinleger nur dann befreien, wenn er sich exkulpiert. Hiefür hat er den Beweis zu erbringen. Gelingt ihm der Nachweis, dass ihn kein Verschulden trifft, so liegt ein Tatbestand des § 8 vor (nachträgliche Unmöglichkeit ohne Verschulden des Sacheinlegers), dessen Rechtsfolgen sich nach der Zufallshaftung beurteilen [42]). Da bei der Gesellschaftsgründung das Vertrauen in jeden Gründer eine notwendige Grundlage ist [43]), kann sich der Sacheinleger in seinem Exkulpationsbeweis niemals auf ein Mitverschulden der andern Gründer berufen, indem diese ihm allzu grosses Vertrauen entgegengebracht hätten.

Die Rechtsfolgen der nachträglichen Unmöglichkeit der Sachleistung verhalten sich wie folgt:

II. *Objektive nachträgliche Unmöglichkeit mit Verantwortung des Sacheinlegers.*

a) Da die Leistung objektiv unmöglich geworden ist, kann die Gesellschaft nicht auf Erfüllung klagen. Dieser logische Schluss muss zwischen den Zeilen des Gesetzes gelesen werden, da sowohl in Art. 97 OR wie in Art. 107 OR der Gesetzgeber die subjektive und objektive nachträgliche Unmöglichkeit nicht getrennt behandelt hat. Es versteht sich jedoch von selbst, dass bei einer objektiven nachträglichen Unmöglichkeit die

---

[39]) Art. 99 OR.
[40]) vgl. BGE 46 II 150.
[41]) vgl. Guhl S. 115.
[42]) vgl. BGE 45 II 40, 57 II 512.
[43]) vgl. BGE 42 III 284.

Leistung einfach nicht erzwungen werden kann, da sie von niemandem erbracht werden könnte [44]). Die Klage auf Erfüllung muss hier ausfallen.

b) Der Gesellschafter, der die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, muss der Gesellschaft Schadenersatz leisten für so viel, wie die Gesellschaft haben würde, wenn sie seine Sacheinlage erhalten hätte, einschliesslich des Gewinns. Nur auf diese Weise erhält die Gesellschaft vollen Ersatz [45]). Der Sacheinleger muss somit Ersatz des vollen Erfüllungsinteresses [46]) erbringen. Dadurch verwandelt sich allerdings die Sachleistung in eine Ersatzleistung in Geld [47]) in der Höhe des statutarischen Anrechnungspreises der Sacheinlage [48]), zuzüglich des effektiv verursachten Schadens.

War die Sacheinlage vor Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister zu erbringen, und wurde sie nun wegen der Umwandlung in Schadenersatz bar geleistet, so kann sich die Gesellschaft trotzdem eintragen lassen, da ihr Stammkapital gedeckt ist. Allerdings wird eine Statutenänderung bezüglich der Einlageobjekte notwendig. Der Gesellschafter selber, der vollen Schadenersatz leistet, bleibt im uneingeschränkten Besitze seiner Mitgliedschaftsrechte.

Verlief die Schadenersatzklage gegen den Sacheinleger wegen dessen Zahlungsunfähigkeit ergebnislos, so ergibt sich wiederum der nicht haltbare Zustand, dass der Inferent trotz seiner Nichtleistung voller Gesellschafter bliebe, ebenso wenn eine blosse Kapitalherabsetzung zur Dekkung des nichtgeleisteten Betrages erfolgen würde [49]). Eine Rückforderung des Gesellschaftsanteils, den der Gesellschafter bei der Gesellschaftsgründung erworben hat, kann nicht ohne weiteres erzwungen werden. Der eingetragenen Gesellschaft steht allein der Weg des richterlichen Ausschlusses [50]), zusammen mit Herabsetzung des Stammkapitals, offen, unter den für letzteres Verfahren bestehenden Sicherungsmassnahmen [51]). Für die Gründungsgesellschaft (vor Eintrag ins Handelsregister) besteht die Möglichkeit des Ausschlusses nicht. Ihr bleibt allein

---

[44]) Diese logische Folgerung musste ebenfalls bei der objektiven Unmöglichkeit von Anfang an berücksichtigt werden, da auch dort etwas objektiv Unmögliches nicht erzwungen werden kann, vgl. § 8.

[45]) Haux S. 114.

[46]) vgl. BGE 42 III 284.

[47]) vgl. die Ausführungen in § 7 IIIb. Die Umwandlung der Sachleistung in die Form des Schadenersatzes (Geld) muss als zulässig betrachtet werden.

[48]) vgl. Huber S. 50.

[49]) vgl. Haux S. 113/115.

[50]) resp. richterliche Herabsetzung des Stammanteils auf die Höhe der geleisteten Deckung.

[51]) vgl. Gmür, Art. 778, Abs. 4.

die Auflösung der Gesellschaft [52]) offen, um diesen unbilligen Zustand zu beseitigen.

c) Art. 107 OR gewährt, als weitere Wirkung der objektiv nachträglichen Unmöglichkeit der Sachleistung, der Gesellschaft wahlweise das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, die erfolgte Gegenleistung (Mitgliedschaftsrechte) zurückzufordern, resp. abzuerkennen; daneben gibt er noch einen Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens [53]). Diese Rechtsmittel stehen der Gesellschaft nur zur Verfügung, wenn sie, wie eingehender in § 7 IV b dargelegt wurde, zugleich ein Kapitalherabsetzungsverfahren [54]) durchzuführen imstande ist.

III. *Subjektive nachträgliche Unmöglichkeit mit Verantwortung des Sacheinlegers.*

a) Da die Leistung nur dem Sacheinleger subjektiv unmöglich ist, kann die Gesellschaft ihm eine Nachfrist zur Erfüllung ansetzen, und, falls die subjektive Unmöglichkeit nicht beseitigt und der Illationsvertrag nicht erfüllt wird, auf Erfüllung klagen. Daneben hat die Gesellschaft Anrecht auf den verursachten Verspätungsschaden.

b) Die Gesellschaft kann aber auch, wenn sie von der Nichteintreibbarkeit der versprochenen Sacheinlage überzeugt ist, sofort, oder auch nach einer Nachfristenansetzung zur Erfüllung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern.

c) Soweit grds. die Möglichkeit besteht, vom Vertrage zurückzutreten, steht der Gesellschaft auch der Rücktritt vom Vertrage wahlweise offen. Daneben hat sie hier Anrecht auf Rückleistung, resp. Aberkennung, der Mitgliedschaftsrechte des Sacheinlegers und Anspruch auf Schadenersatz für das negative Vertragsinteresse.

d) Da für die subjektive nachträgliche Unmöglichkeit mit Verantwortung des Sacheinlegers die gleichen Wirkungen eintreten wie beim Leistungsverzuge, kann ich mich hier auf obige kurze Darstellung beschränken und für die eingehende Behandlung des Themas auf § 7 verweisen.

§ 11. Wesen und Ermittlung der Schadenersatzansprüche

Bei Verzug, Unmöglichkeit der Leistung und mangelhafter Lieferung können Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Sacheinleger entstehen. Dass es nicht immer die gleichen Ansprüche sind, ist schon aus der verschiedenartigen Bezeichnung zu ersehen. In der Folge

---

[52]) Art. 545 OR.
[53]) Art. 109, Abs. 1 OR.
[54]) vgl. Gmür, Art. 778, Abs. 4.

sollen die in Frage kommenden Institute ihrem Wesen nach kurz erwähnt werden, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben [55]).

Ein Schaden kann aus zwei Gründen entstehen: Einmal aus der Haftung des Sacheinlegers für unerlaubte Handlung, und dann infolge schuldhafter Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung des Illationsvertrages.

Das Mass der Schadenersatzleistung richtet sich nach ihrem Zweck, indem der Sacheinleger die der Gesellschaft entstandene Vermögensverminderung ausgleichen soll. Der Verpflichtete hat nie mehr zu leisten als zur Reparation des Schadens erforderlich ist. Der Schaden selber muss je nach der Art des Schadenersatzes verschieden bestimmt werden. Voraussetzung dazu ist die adäquate Kausalität des Schadens mit dem ihn verursachenden Umstande [56]).

a) *Ersatz des Erfüllungsinteresses.* Hier bildet der Schaden den Unterschied zwischen dem Stand, den das Gesellschaftsvermögen ohne den schädigenden Umstand hätte, und dem Stand, den es infolge dieses Ereignisses hat [57]). Der durch die Nichterfüllung z. B. entstandene Schaden entspricht beim Erfüllungsinteresse somit der Differenz zwischen der günstigen Vermögenslage der Gesellschaft, wie sie sich bei gehöriger Erfüllung gestaltet hätte und der ungünstigen, welche sich infolge der Nichterfüllung ergibt [58]).

Dieser positive Vertragsschaden umfasst demnach nicht nur den effektiven Schaden, d. h. die Verminderung des Gesellschaftsvermögens infolge Ausbleibens der vollen Erfüllung (damnum emergens) [59]), sondern auch noch den event. entgangenen Gewinn (lucrum cessans), d. h. den Betrag, um den das Vermögen der Gesellschaft im Falle der Erfüllung gewachsen wäre [57]). Darin ist ebenfalls ein event. Schadenersatzanspruch wegen Verspätung (Verzugszinsen usw.) inbegriffen, da der Begriff des Erfüllungsinteresses diesen Verspätungsschaden absorbiert [60]).

Der für die Schadensberechnung massgebende Zeitpunkt bestimmt sich nach dem Datum, an dem der Sacheinleger hätte erfüllen sollen. Einen Anspruch auf Leistung der gesetzlichen Verzugszinsen vom Eintritt der Nichterfüllung bis zum Urteil [61]) kann jedoch die Gesellschaft nicht geltend machen, da diese Bestimmung nur auf Geldschulden Anwendung findet. Die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung verjährt nach Art. 127 OR in 10 Jahren und beginnt mit der Fälligkeit der Schadenersatzforderung.

[55]) Hiefür verweise ich auf die Spezialliteratur.
[56]) vgl. BGE 61 II 85; Guhl S. 45.
[57]) vgl. Lemp S. 146/7.
[58]) vgl. BGE 25 II 781, 34 II 728; Egger Art. 97, Anm. 10.
[59]) Egger Art. 97, Anm. 10.
[60]) vgl. Lemp S. 149.
[61]) Art. 104 OR.

b) *Der Ersatz des Vertrauensinteresses* ist verbunden mit dem Rücktritt vom Vertrage [62]). Dieses negative Vertragsinteresse bestimmt sich nach der Frage, wie hoch das Vermögen der Gesellschaft wäre, wenn sie sich überhaupt nicht auf den Illationsvertrag eingelassen und ihm vertraut hätte. Der entstandene Schaden umfasst daher die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stande des Gesellschaftsvermögens und dem anzunehmenden Stande des Vermögens bei Nichteingehung des Illationsvertrages. Es werden hierin hauptsächlich entgangener Gewinn wegen verpasster anderweitiger Beschaffungsmöglichkeit der Sacheinlage, unnütze Aufwendungen für die Abnahme der Leistung und Kosten des vergeblichen Vertragsschlusses enthalten sein.

c) *Der Ersatz des Verspätungsschadens.* Art. 103 OR bestimmt, dass ein Schuldner, der sich im Verzuge befindet, Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten hat. Diese Art des Schadenersatzes kommt nur in Frage, sofern überhaupt noch erfüllt wird. Sie darf nicht mit der Forderung auf Verzugszinse verwechselt werden, denn letztere richtet sich ausschliesslich auf Geldschulden [63]). Der eingetretene Schaden ist durch die Gesellschaft zu beweisen, dagegen nicht ein Verschulden des Sacheinlegers. Dieser hat sich auch hier zu exkulpieren, wenn er sich von der Schadenersatzpflicht [64]) befreien will. Der Schaden wird vom Richter nach freiem Ermessen abgeschätzt [65]). Er umfasst:

1. die entgangenen Nutzungen in der Zeit zwischen dem Verzugseintritt und der verspäteten Leistung, und
2. die durch die Verspätung erwachsenen Ausgaben, wie z. B. Mietgelder für vorübergehende Beschaffung eines Ersatzes.
3. Ob für den Wertfall (z. B. bei Kurspapieren), dem die verspätet gelieferte Sache seit Verzugseintritt unterlag, eine Entschädigung beansprucht werden darf, entscheidet der Richter in Anbetracht der Umstände [66]).

d) *Schadenersatz aus unerlaubter Handlung.* Wenn der Sacheinleger anlässlich der Gesellschaftsgründung die Mitgründer absichtlich über die Unmöglichkeit — oder Mangelhaftigkeit seiner Leistung hinwegtäuschte, dann handelt er der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern gegenüber widerrechtlich [67]). Voraussetzung einer unerlaubten Handlung ist ein Verschulden des Sacheinlegers, er muss mit Absicht oder doch fahrlässig gehandelt haben.

---

[62]) Art. 109, Abs. 2 OR.
[63]) Art. 104 OR.
[64]) Art. 103, Abs. 2 OR.
[65]) Art. 106, Abs. 2 OR.
[66]) vgl. Egger, Art. 103, Anm. 3—5.
[67]) vgl. Art. 99, Abs. 3 und 211 a. E. OR.

Logischerweise muss überhaupt auch ein Schaden entstanden sein, um einen Schadenersatzanspruch begründen zu können.

Die Fixierung des Schadenersatzes selber legt das Gesetz in das Ermessen des Richters, welcher darüber frei unter Würdigung der Umstände und des Verschuldens entscheidet. Fällt auch der Gesellschaft ein Verschulden (Fahrlässigkeit) zur Last, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermässigen oder gänzlich aufheben [68]). Die Verjährung dieses Schadenersatzanspruches tritt ein Jahr nach dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft Kenntnis des Schadens (Unmöglichkeit der Leistung z. B.) erhielt, spätestens jedoch nach 10 Jahren seit Vertragsschluss.

Neben diesem zivilrechtlichen Wege steht der Gesellschaft unter Umständen auch der Weg einer strafrechtlichen Verfolgung des Sacheinlegers offen.

---

[68]) Art. 51 OR.

III. KAPITEL

Die mangelhafte Leistung der Apports

Treten im Vollzug des Illationsvertrages weder Verzug noch Unmöglichkeit der Sachleistung ein, so kann ein weiterer Umstand das Zustandekommen des Gesellschaftsvermögens, und damit die Gesellschaftsgläubigerinteressen, gefährden. Es ist dies die nichtvertragsmässige oder gegen Treu und Glauben verstossende Leistung des Sacheinlegers. In einem solchen Falle kann nur von einer mangelhaften Erfüllung des Sacheinlageversprechens gesprochen werden, da in Wirklichkeit die Erfüllung versucht, aber nicht völlig erreicht wird.

Begriff und Wesen dieser Mängel sollen in § 12 behandelt werden. Jeder weiteren Untersuchung voran muss, gleich wie bei den andern Kapiteln der vorliegenden Arbeit, kurz dazu Stellung genommen werden, ob einzig und allein die Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes auf vorkommende Mängel Geltung finden sollen, oder ob auch hier die Herbeiziehung anderer Regeln wünschbar und notwendig ist.

Da die grds. Anwendung des Kaufrechtes schon in § 3 und 4 III a. E. befürwortet wurde, kann ich mich hier kurz fassen: Da die im Illationsvertrag versprochene Leistung am nächsten den zweiseitigen Vertragsleistungen gleicht, und Art. 531, Abs. 3 OR[1]) für die Verhältnisse der einfachen Gesellschaft, welche oft die Rechtsform vor Eintrag der G. m. b. H. ins Handelsregister, aber auch die Grundform aller weiter entwickelten Gesellschaftsarten ist, speziell auf die Anwendung der Kaufsvorschriften betr. gesetzlicher Gewährleistung[2]) hinweist, kann die grds. Anwendung des Kaufsrechtes auf die Mängelhaftung nicht in Zweifel gezogen werden. Selbstverständlich werden dadurch die früheren Feststellungen über die Natur des Illationsvertrages (und damit diejenigen des Gesellschaftsvertrages) nicht umgestürzt. Das Recht der G. m. b. H.[3]) muss, weil es spezieller Natur ist, den Kaufsrechtsbestimmungen, die nur mangels direkter Vorschriften herbeigezogen werden, vorangehen[4]). Es gilt somit stets das Recht der G. m. b. H., zur Lösung der Mängelfrage auch das Kaufsrecht, aber dieses nur soweit es mit der speziellen Natur des Gesellschaftsrechtes vereinbar ist[5]). Die Anwend-

---

[1]) vgl. Kaufmann S. 111.
[2]) Art. 192—210 und 219 OR.
[3]) 28. Titel des OR.
[4]) vgl. Huber S. 49.
[5]) vgl. Schuncke S. 20.

barkeit der verschiedenen Institute der Mängelhaftung im Gesellschaftsrecht wird in der Folge einzeln untersucht.

§ 12. Begriff und Wesen der mangelhaften Sachleistung

I. *Allgemeines:*

Der Verkäufer (Apportant) einer Sache ist verpflichtet, diese dem Käufer (G. m. b. H.) frei von jeglichen Mängeln zu vollem Eigentum zu übergeben [6]). Mängel oder Fehler im Sinne des Gesetzes sind alle jene Eigenschaften der Sacheinlage, die von den übrigen gattungsgleichen Sachen dem Werte nach abweichen, oder die infolge ihres Vorhandenseins den vertragsmässigen [7]) Gebrauch der Sache nicht erlauben. Die Mängel treten daher in Form von störenden oder nicht vorhandenen Eigenschaften der Sache auf, die letztere je nachdem nicht aufweisen oder gerade besitzen sollte, um das Sacheinlageversprechen vertragsmässig zu erfüllen. Diese Fehler haben somit mit den rechtlichen Verhältnissen nichts zu tun; sie finden sich lediglich in den Eigenschaften der Sache selber, und sind daher rein objektiver Natur. Nach Kaufvertragsrecht [8]) hat der Verkäufer einer Sache diese dem Käufer zu vollem Eigentum zu übertragen. Er haftet also grds. dafür, dass die Sache frei von jeglichen Fehlern ist [9]). In welcher Art die Fehler der Sacheinlage auftreten können, sei im folgenden speziell untersucht:

II. *Die Rechtsmängel.*

Solche haften dann an der Sacheinlage, wenn dem Inferenten das Verfügungsrecht über die Sache überhaupt nicht, oder nur beschränkt [10]), zugestanden hat. Mit anderen Worten haftet der Inferent für den wirklichen Bestand der Sache; er hat diese der Gesellschaft frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Erhält die Gesellschaft nicht das unbeschränkte Eigentum an der Sache, indem z. B. die Sache durch bestehende Rechte Dritter beeinträchtigt oder belastet ist [11]), so liegt ein Mangel im Rechte vor. Durch einen solchen Rechtsmangel kann ein Dritter der Gesellschaft den Sachgegenstand entwehren, oder an ihm ein subjektives Recht geltend machen, das eine Schmälerung des Eigentums bedeutet [12]).

---

[6]) Art. 184 OR.
[7]) vgl. Jäger S. 23.
[8]) Art. 184 OR.
[9]) Art. 197 OR.
[10]) vgl. Jäger S. 24.
[11]) vgl. Domm S. 69.
[12]) Art. 192 und 196 OR.

Da nach ZGB [13]) jedoch der gutgläubige Erwerber, und ein solcher sollte die G. m. b. H. immer sein, im Eigentum oder in den beschränkt dinglichen Rechten an der Sache geschützt wird, kommen solche Fälle der Rechtsgewährleistung praktisch wohl selten vor. Wichtig wird diese Haftung des Sacheinlegers nur bei Einlage von Patenten, die nachträglich nichtig erklärt werden [14]), bei abhanden gekommenen Sachen [15]) und bei Einlage von Grundstücken oder dinglichen Rechten in Kantonen, wo das Grundbuch noch nicht eingeführt ist [16]).

III. *Die Sachmängel.*

Ein Sachmangel kann entweder in der Beschaffenheit der Sache selbst oder in ihrer Menge bestehen [17]). Hierauf beruht die Einteilung der Sachmängel in Qualitäts- und Quantitätsmängel.

a) *Die Qualitätsmängel* begründen einen Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem Apportanten aus der Beschaffenheit der Sache, indem diese ihrer Nützlichkeit und Tauglichkeit [18]) entbehrt. Wenn der Ware Fehler anhaften, die den Sachen gleicher Gattung regelmässig nicht anhaften, oder wenn der Sache Eigenschaften mangeln, die durchschnittlich Waren der gleichen Gattung aufweisen, so liegt der Fehler in der objektiven Natur der Sache. Man könnte sie als technische Fehler bezeichnen.

Diese Umgrenzung der Durchschnittlichkeit der Ware wird bei den Speziessachen noch erweitert, indem dort von einem Mangel auch dann gesprochen werden darf, wenn eine Verschlechterung der Sache seit ihrem Zustand zur Zeit des Vertragsschlusses eingetreten ist, auch wenn sie selbst immer noch dem Durchschnitt der gleichen Art entspricht [19]).

Qualitätsmängel sind dann *körperliche Mängel,* wenn sie an einem der besprochenen technischen Mängel leiden. Hier wird das Recht von niemandem abgestritten [20]), doch wird die Empfangbarkeit der Ware durch den physischen Mangel in Frage gestellt. Einen körperlichen Mangel bildet auch der Umstand, wo infolge eines Quantitätsmangels das ganze Objekt an Wert verliert und seine Tauglichkeit zugleich einbüsst [20]).

Neben den körperlichen Mängeln können auch *rechtliche Qualitätsmängel* [21]) auftreten, die von der Rechtsgewährleistung streng ausein-

---

[13]) ZGB Art. 714, Abs. 2, 933 und 973.
[14]) z. B. wegen mangelnder Neuheit, vgl. BGE 28 II 117, 42 II 414, 57 II 404.
[15]) Art. 934 ZGB.
[16]) vgl. Guhl S. 158.
[17]) vgl. Pisko S. 8/9.
[18]) vgl. Guhl S. 160.
[19]) vgl. Pisko S. 9.
[20]) vgl. Jäger S. 24.
[21]) Art. 197 OR.

anderzuhalten sind. Diese Unterscheidung erhält deswegen Bedeutung, weil bei der Sachgewährleistung die Wahl zwischen Wandelungs- und Minderungsklage gegeben ist, während bei der Rechtsgewährleistung nur Ersatz des durch die Entwehrung verursachten Schadens verlangt werden kann [22]).

Die Rechtsgewährleistung kommt da in Frage, wo es sich um rechtliche Verhältnisse an einer Sache handelt, z. B. bei Geltendmachung einer Grunddienstbarkeit an der Illationssache durch einen Dritten. Die Sachgewährleistung dagegen nimmt Bezug auf körperliche oder rechtliche Eigenschaften der Kaufsache, die vom Verkäufer (Apportant) zugesichert wurden, oder die zum vorausgesetzten Gebrauche erforderlich sind [23]). Solche rechtliche Qualitätsmängel können auftreten als öffentlich-rechtliche Grundlasten [24]), dingliche Baubeschränkungen [25]), baupolizeiliche Benutzungsbeschränkungen eines Hauses [26]) u. a. m. *Unter dieser Zusicherung ist die Abgabe einer Garantie zu verstehen* [27]). Es gehören demnach zu den garantierten Eigenschaften der Sache alle solchen Merkmale, die die Wertschätzung beeinflussen können, seien diese nun körperlicher oder rechtlicher Natur.

Gleich wie die körperlichen und rechtlichen zugesicherten Eigenschaften sind die *wirtschaftlichen Garantien* der Sache zu behandeln [28]), wie z. B. unrichtige Angaben über den Ertrag eines Gasthofes [29]), Zinsrendite einer Liegenschaft usw.

Gegenstand der Gewährleistung für Qualitätsmängel können demnach dreierlei Arten auftretender Mängel sein; solche körperlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur.

b) *Die Quantitätsmängel,* in diesem speziellen Sinne, sollen hier nicht die an Zahl oder Menge usw. unvollständige Erfüllung des Illationsvertrages bedeuten, sondern Gewährleistungsmängel. Sie treten dann auf, wenn der Inferent mit unrichtigen Mengenangaben der Sacheinlage Eigenschaften beigelegt hat, die sie nicht hat. Solche Mengenerklärungen des Inferenten haben den Charakter von Angaben über die Beschaffenheit einer Speziessache. Das Gesetz behandelt in Art. 219 OR den Flächeninhalt eines Grundstückes im gleichen Sinne als eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes und unterstellt hier vorkommende Mängel den Gewährleistungsregeln, obwohl an und für sich Quantitätsmängel nicht

---

[22]) vgl. § 15 Ia und b.
[23]) vgl. Oser, Art. 197, N. 2, Ziff. 1, lit. a und b.
[24]) vgl. BGE 63 II 78.
[25]) vgl. ZbJV 51, 607 und JZ XII, 356.
[26]) vgl. JZ 34, 205.
[27]) vgl. Weiss, Art. 192 N. 5093.
[28]) vgl. Fick Art. 197, Anm. 21 und Oser, Art. 197, Abs. 2, Anm. 1 lit b.
[29]) vgl. BGE 45 II 444.

Sachmängel der Art. 197 ff. OR[30]) sind. Diese Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers tritt nur dort ein, wo kein Grundbuch besteht. In den Kantonen, wo jedoch das Grundbuch eingeführt ist, hat der Einleger nur Ersatz zu leisten, wenn er die Gewährleistung für das objektiv richtige Mass ausdrücklich übernommen hat[31]). Durch Leistung einer solchen mit Quantitätsmängeln behafteten Sache wird der Illationsvertrag erfüllt[32]), obschon Gewicht, Mass oder Anzahl der Sache nicht richtig angegeben wurden. Für diese Mängel haftet der Inferent[33]) nach den Grundsätzen von Art. 197 ff. OR.

Bei nicht vollständiger quantitativer Leistung der Sacheinlage hingegen tritt ein Erfüllungsmangel ein, der nach den Vorschriften der teilweisen Nichterfüllung zu beurteilen ist. Hier kann die Gesellschaft Nachlieferung der fehlenden Stücke bzw. Mengen verlangen[34]).

IV. *Der massgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein von Mängeln.*

Ueber den Zeitpunkt, wann die Mängel der Sacheinlage anhaften müssen, um die Gewährleistungsansprüche[35]) gegenüber dem Inferenten geltend machen zu können, sagt das Gesetz nichts. Negativ kann man feststellen, dass Mängel, die erst nach Gefahrenübergang auf die Gesellschaft entstanden sind, sicher von der Gesellschaft (infolge des Gefahrenüberganges) zu tragen sind. Mängel, die schon vor Gefahrenübergang der Sache anhaften, haben für die Gesellschaft keine praktische Bedeutung, da die Fehler noch behoben werden können. Ich komme daher zum gleichen Schluss wie Jäger[36]), dass der massgebende Zeitpunkt für die Mängelhaftung das Vorhandensein der Mängel im Momente des Gefahrenüberganges ist. Eine Ausnahme von dieser Regel muss dort gemacht werden, wo Mängel erst nach Gefahrenübergang entstehen, aber auf ein Verschulden des Inferenten zurückzuführen sind.

§ 13. Die Grundsätze der Mängelhaftung

Weist die Sacheinlage Mängel auf, so kann die G. m. b. H., bei gegebenen Voraussetzungen, die Haftung des Sacheinlegers aus zwei verschiedenen Gründen in Anspruch nehmen. Der Apportant haftet schlecht-

---

30) vgl. Oser-Schönеberger, Art. 219, Anm. 1; Becker Art. 197 OR, Anm. 1 und BGE 62 II 162, 40 II 399 und 540.
31) vgl. Art. 219 OR und BGE 62 II 163.
32) vgl. Pisko S. 87.
33) gleichgültig bleibt dabei, ob der Inferent die Mängel kannte oder nicht.
34) vgl. BGE 62 II 162.
35) Gewährleistungen von Gesetzes wegen oder aus Garantieübernahme.
36) vgl. Jäger S. 42.

hin *von Gesetzes wegen*[37]) dafür, dass die versprochene Sache keine Mängel aufweise; er haftet aber noch verstärkt für vorhandene Mängel, wenn er die Garantie dafür übernommen hat, dass die Sache gewisse Eigenschaften nicht aufweise, oder (positiv) gewisse Merkmale besitze. In den letzteren Fällen haftet der Inferent auf Grund *vertraglicher Zusicherung*.

I. *Die Haftung von Gesetzes wegen.*

Auch ohne ausdrückliche Gewährleistungsübernahme haftet der Inferent von Gesetzes wegen dafür, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben, die Sache der Gesellschaft ganz oder teilweise entzieht, und er haftet dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Die Haftung erstreckt sich hier auf solche verborgene Fehler, die im Verkehr nach Treu und Glauben der Sache nicht eigen sein dürfen. Es sind mit andern Worten die stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften der Sache, die geschützt werden. Die Gewährleistungshaftung selber ist unabhängig von einem Verschulden des Sacheinlegers[38]).

Die Haftung für diese Art der Mängel, die meistens dem Inferenten selbst nicht bekannt sind[39]), kann nach Art. 199 OR vertraglich ausgeschlossen werden. Widerrechtlich wäre das Wegbedingen der Gewährleistung für absichtlich verschwiegene Mängel oder Rechte Dritter[40]). Obschon eine solche Haftungsausnahme von den Gesellschaftsgründern wohl von selbst nicht zugestanden wird, muss doch im Interesse der Kapitaldeckungspflicht und im Interesse der Gesellschaftsgläubiger eine solche Wegbedingung als unzulässig für den Illationsvertrag angesehen werden[41]).

Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach Einbringung der Sacheinlage, auch wenn die Mängel erst später entdeckt werden sollten. Hat die Gesellschaft jedoch innert dieser Zeit dem Sacheinleger Anzeige vom Vorhandensein der Mängel gemacht, so bleiben die Einreden der Gesellschaft wegen dieser Fehler bestehen und verjähren nicht[42]).

---

[37]) Art. 192 und 197 OR.

[38]) vgl. Funk in SJZ 27, S. 225.

[39]) Das Nichtkennen der Mängel schützt den Inferenten nicht vor der Gewährleistungshaftung Art. 197 OR.

[40]) vgl. Art. 192, Abs. 3 und 199 OR, vgl. III unten.

[41]) vgl. BGE 60 II 436.

[42]) vgl. Art. 210 OR.

II. *Die Haftung aus vertraglicher Zusicherung.*

Während der Sacheinleger bei der Haftung von Gesetzes wegen nur für Mängel haftet, die den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten [43]) Gebrauche aufheben oder *erheblich* mindern, haftet er auch für minder erhebliche Mängel, falls er gewisse Eigenschaften der Sache zugesichert hat. Diese Zusicherung kann wieder positiv oder negativ sein, indem der Inferent versichert, die Sacheinlage besitze gewisse Merkmale [44]), oder besitze gewisse Eigenschaften nicht [45]). Es können auch wiederum rechtliche, sachliche oder wirtschaftliche Verhältnisse garantiert werden. Den Nachweis der Zusicherung hat die Gesellschaft zu erbringen, wie sie auch das Vorhandensein der Mängel zu beweisen hat [46]).

Die Grundlagen dieser erhöhten Haftung des Sacheinlegers finden sich in Art. 19 OR, der die Vertragsfreiheit mangels entgegenstehender Gesetzesvorschriften gewährleistet. Wie aus Art. 197 OR ersichtlich ist, will die Gewährleistungspflicht von Gesetzes wegen solche vertragliche Vereinbarungen nicht ausschliessen. Die gesetzliche und die vertragliche Haftung schliessen sich daher nicht aus; sie können im Gegenteil sehr gut nebeneinander bestehen [47]). Zu den Voraussetzungen der gesetzlichen Haftung [48]) tritt hier noch die Zusicherung über die Beschaffenheit der Sache, wobei, gleich wie bei der gesetzlichen Haftung, die Gewährleistungspflicht auch ohne Verschuldensnachweis entsteht.

Die vertragliche Zusicherung ist gesetzlich an keine Form [49]) gebunden, jedoch muss aus ihr ersichtlich sein, dass der animus obligandi vorhanden war, ebenfalls darf sie nicht gegen Art. 20 OR verstossen.

Ueber den Zeitpunkt, wann die zugesicherten Eigenschaften vorhanden resp. nicht vorhanden sein müssen, gilt das schon in § 12 IV Gesagte. Endlich ist die erweiterte Haftung aus vertraglicher Garantieübernahme von der Gesellschaft zu beweisen, während die Beweislast, dass die Sache der Zusicherung entspreche, vom Sacheinleger zu tragen ist.

---

[43]) Welche Eigenschaften als „vorausgesetzt" zu betrachten sind, ergibt sich aus der Auslegung des Illationsvertrages und nach den zur Zeit des Abschlusses waltenden Umständen. Vgl. auch Weiss, Art. 197 OR, Anm. 5406 und SJZ XVIII 107.

[44]) z. B. die versprochene Zementplattenpressmaschine habe die Leistungsfähigkeit von 40 Platten in der Stunde (vgl. BGE 42 II 632), oder z. B. die Rendite des eingebrachten Geschäftes betrage mindestens Fr. 200 000.— (vgl. BGE 63 II 79).

[45]) z. B. Mehrverbrauch eines Lieferungswagens über 20 l Benzin pro 100 km.

[46]) vgl. SJZ XVII 187 und Weiss, Art. 197 OR, Anm. 5112.

[47]) vgl. Jäger S. 35.

[48]) vgl. § 13 I.

[49]) vgl. BGE 63 II 78.

Die Rechtsfolgen der vertraglichen Gewährleistung beurteilen sich gleich wie diejenigen der gesetzlichen [50]). Der einzige Unterschied zwischen beiden Gewährleistungsarten bildet der Umfang der Haftung.

III. *Die Haftung für arglistige Täuschung.*

Neben den beiden oben behandelten gewöhnlichen Haftungsarten muss der Sacheinleger bei gegebenem Tatbestand der absichtlichen Täuschung noch eine erhöhte Haftung für Mängel seiner Einlage übernehmen. Die Haftung für Arglist darf nicht wegbedungen [51]) werden, sie fällt auch nicht dahin bei versäumter Mängelrüge [52]). Noch weniger braucht sich die Gesellschaft andere Einreden gefallen zu lassen [53]). Diese Haftung verjährt erst nach 10 Jahren, im Gegensatz zu der einjährigen [54]) der gesetzlichen Gewährleistung.

Ein arglistiges Verschweigen liegt stets dann vor, wenn es dem Inferenten bekannt ist, dass die Gründer den Mangel nicht kennen [55]) und infolge dieser Unkenntnis die Sacheinlage zu den festgesetzten Bedingungen annehmen. Der Sacheinleger haftet hier ebenfalls für falsche Angaben, auch wenn solche nicht selber von ihm erteilt wurden, sondern durch seinen Mäkler, Angestellten oder Gehilfen [56]), wenn dies in der Absicht geschah, die Gründer zu täuschen. Die genaue Kenntnis des Mangels ist nicht Voraussetzung der Haftung wegen arglistiger Täuschung, es genügt, wenn der Sacheinleger, auch bei ungenauem Wissen, die Gründer benachteiligen wollte [57]), und deshalb die Benachrichtigung der Gründer unterliess [58]). Keine Arglist darf jedoch angenommen werden, wenn der Sacheinleger zu glauben berechtigt war, dass die Mängel den Gründern bekannt, oder für den Gesellschaftszweck belanglos seien.

Bei absichtlicher Täuschung beurteilen sich die Rechtsfolgen nicht gleich wie bei den Gewährleistungshaftungen. Nach Art. 28 OR kann der ganze Illationsvertrag als unverbindlich erklärt werden [59]).

§ 14. Die Voraussetzungen der Mängelhaftung

Auch wenn die versprochene Sacheinlage in mangelhaftem Zustande eingebracht worden ist, haftet der Sacheinleger nicht durchwegs für

---

[50]) vgl. § 15 unten.
[51]) Art. 199 OR.
[52]) Art. 203 OR.
[53]) vgl. BGE 66 II 139.
[54]) Art. 210, Abs. 3 OR.
[55]) vgl. Jäger S. 59.
[56]) vgl. BGE 63 II 78.
[57]) vgl. Jäger S. 59.
[58]) vgl. BGE 66 II 139.
[59]) Hiebei sind jedoch die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu beachten.

diese Fehler. Die Gewährleistungspflicht tritt nur unter gewissen Voraussetzungen ein. Diese Bedingungen, sofern sie nicht schon bei der Behandlung von Begriff und Wesen der mangelhaften Sachleistung (§ 12) und bei den Rechtsfolgen der mangelhaften Erfüllung (§ 15) behandelt sind, sollen Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen sein.

Für die *Mängel im Rechte* gilt als Voraussetzung, dass es sich um dingliche Rechte oder im Grundbuch eingetragene persönliche Rechte [60]) handeln muss, wobei diese Rechte schon vor Uebergabe des Sachgegenstandes bestanden haben müssen. Voraussetzung ist auch die Geltendmachung dieser Rechte durch den berechtigten Dritten [61]). Es muss sich also stets um eine drohende Entwehrung handeln. Die Voraussetzungen des Verfahrens sind in Art. 193 und 194 OR aufgezählt und brauchen daher nicht noch besonders behandelt zu werden.

Für die erfolgreiche Geltendmachung der *Sachgewährleistungs*ansprüche sind ebenfalls verschiedene Bedingungen zu erfüllen: Als Grundlage jeder Gewährleistung muss das Sacheinlageversprechen nicht richtig erfüllt worden sein, indem der Sache Fehler anhaften. Alle diese Mängel müssen sich direkt auf die Sache selber beziehen und dürfen nicht nur indirekt mit dieser in loser Verbindung stehen.

Die Mängel der Sacheinlage müssen den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem vorausgesetzten [62]) Gebrauche aufheben oder erheblich mindern [63]). Nur solche Mängel, deren Kenntnis die Gründer veranlasst hätte, den Sacheinleger zu andern Bedingungen oder überhaupt nicht aufzunehmen, sind wesentlich und sollen nach Gesetz Rechtswirkungen nach sich ziehen. Anders verhält es sich bei der vertraglichen Garantieübernahme, wo die Haftung des Sacheinlegers auch minder erhebliche Mängel in sich schliesst.

Voraussetzung der Mängelhaftung ist die Unkenntnis der Gesellschaft, resp. deren Gründer, vom Vorhandensein der Mängel [64]). Für diejenigen Mängel, welche die Gesellschaft bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte kennen müssen, tritt keine Mängelhaftung ein. Eine Erkennbarkeit der Mängel liegt jedoch nur da vor, wo sich die Gesellschaft über die volle Bedeutung [65]) der Mängel Rechenschaft geben konnte. Demnach wirkt die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels aufhebend auf die Gewährleistungspflicht des Inferenten [66]). Wo jedoch der Sacheinleger das Nichtvorhandensein der bekannten Mängel vertraglich zu-

---

[60]) Art. 959 ZGB.
[61]) vgl. Guhl S. 159.
[62]) vgl. Anmerkung [43]) oben.
[63]) Art. 197 OR.
[64]) Art. 200, Abs. 1 OR.
[65]) vgl. BGE 66 II 136.
[66]) vgl. Hafner, Art. 245 a. OR., N. 3.

gesichert hat, lebt die Gewährleistungspflicht des Einlegers wieder auf. Hieher gehören alle diejenigen Fälle, bei denen der Sacheinleger versprochen hat, die vorhandenen Mängel der Sache bis zur Uebergabe an die Gesellschaft zu beheben.

Die Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers besteht ebenfalls nur da, wo die Gesellschaft die Sache nicht schon genehmigt hat. Die Annahme der Sacheinlage ohne Mängelrüge [67]) bedeutet noch keine Genehmigung der Sache, wenn die Gesellschaft die volle Bedeutung und Auswirkung der Mängel in sachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nicht erkennen konnte. Diese Annahme bedeutet keinen Verzicht auf die Mängelrüge [68]). Trotz Genehmigung der Sacheinlage durch die Gesellschaft lebt die Gewährspflicht wieder auf, wenn der Inferent die Mängel arglistig verschwiegen hat [69]).

Zur erfolgreichen Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche muss die Gesellschaft die Sacheinlage nicht nur bei der Gesellschaftsgründung prüfen, sondern auch bei deren Erbringung. Art. 201 OR verlangt vom Käufer (Gesellschaft) die Prüfung der Beschaffenheit der empfangenen Ware, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Wird ein Mangel entdeckt, so muss er sofort dem Sacheinleger angezeigt werden, ansonst die Sache als genehmigt gilt [70]). Die in Art. 201 OR festgesetzte Rügefrist (sofortige Meldung) ist dispositiver Natur und hat nur dort Geltung, wo es an einer andern Willenserklärung der Parteien fehlt, oder wo nicht örtliche Usanzen Geltung haben [71]). Wo aber nur eine vertragliche Garantie übernommen wurde, ohne Verlängerung einer Rügefrist, gilt die gesetzliche Regelung: die Mängel sind dem Sacheinleger sofort zu melden [72]). Bei absichtlicher Täuschung durch den Inferenten haben die Bestimmungen betr. Genehmigung und Rügefrist keine Geltung [73]).

Waren Mängel bei der übungsmässigen Untersuchung nicht erkennbar, und ergeben sich solche später, so darf die Mängelrüge immer noch erhoben werden. Wenn letztere sofort erfolgt, bleibt die Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers bestehen. Hiezu gehören auch solche Mängel, die äusserlich sichtbar, aber doch geheim und der Gesellschaft als Laien nicht sofort erkennbar sind [74]). Die rechtzeitige Erhebung der Mängel-

---

[67]) vgl. den folgenden Absatz.
[68]) vgl. BGE 66 II 137.
[69]) Art. 201, Abs. 2 und 203 OR.
[70]) vgl. ZbJV 26, 224.
[71]) vgl. BGE 47 II 165.
[72]) vgl. BGE 52 II 149; ZbJV 1912, S. 41; Oser Art. 201, 6b; Becker Art. 201 OR N. 3.
[73]) vgl. Art. 203 OR und BGE 66 II 139.
[74]) vgl. BGE 63 II 408.

rüge kann in einem solchen Falle vom Inferenten nicht damit bestritten werden, dass die Mängel schon längst hätten entdeckt werden können. Es gilt das richtige Datum der Entdeckung [75]). Wird die Mängelrüge nicht sofort nach Entdeckung der Mängel erhoben, so geht der Gewährleistungsanspruch der Gesellschaft verloren, ausgenommen bei absichtlicher Täuschung durch den Inferenten, und bei einer vertraglich festgesetzten längeren Garantie- und Rügefrist.

Für die Frage, wann und in welcher Form die Mängelrüge zu erfolgen hat, ist auf die Usanzen am Sitz der Gesellschaft zu verweisen [76]). Der Anspruch auf die gesetzliche Gewährleistung verjährt auch bei nicht sofort erkennbaren Mängeln mit Ablauf eines Jahres [77]) nach Ablieferung der Sache an die Gesellschaft. Bei vertraglichen Zusicherungen [77]) verjährt die Garantie nach Ablauf der festgesetzten Frist. Die Haftung des Sacheinlegers bei absichtlicher Täuschung verjährt spätestens nach 10 Jahren [78]), bei erfolgter Entdeckung binnen Jahresfrist.

An dieser Stelle bleibt noch zu untersuchen, ob die Erhebung der Mängelrüge auch auf den Illationsvertrag Verwendung finden soll. Zu dieser Frage äussern sich zustimmend Kaufmann [79]) und Huber [80]), im deutschen Rechte auch Bergmann [81]), während Pleuss [82]) die Mängelrüge ablehnt. Letzterer führt aus, dass bei der Sacheinlageverpflichtung das Entgelt nicht in Geld, Waren oder Wertpapieren [83]) bestehe, und folglich auch nicht Objekt des Handelskaufs bedeute. Dies käme für unsere Verhältnisse einer völligen Inkonsequenz gleich, indem die Gewährleistungsregeln des Kaufsrechts grds. auf den Illationsvertrag Anwendung finden würden, während eine der dort aufgestellten Voraussetzungen ausgeschlossen bliebe. Da die Mängelrüge nicht gegen irgendeine Norm des 28. Titels des OR [84]) verstösst, ist ihre Anwendung nicht nur ohne weiteres gegeben, sondern auch als wichtige Voraussetzung der Sachgewährleistung unerlässlich.

Die weiteren Voraussetzungen der einzelnen Gewährleistungsfolgen werden an Ort und Stelle dargelegt.

---

[75]) vgl. BGE 56 II 49.
[76]) vgl. BGE 56 II 45.
[77]) Art. 210 OR; vgl. Hürlimann S. 20.
[78]) Art. 210, Abs. 3 OR und Art. 28 und 31 OR.
[79]) S. 112.
[80]) S. 50.
[81]) S. 75.
[82]) S. 54/55.
[83]) Der Stammanteil der G. m. b. H. hat nicht Wertpapierfunktion wie z. B. die Aktie der AG.
[84]) vgl. Huber S. 50.

§ 15. Die Rechtsfolgen der Mängelhaftung

Die Wirkungen der mangelhaften Erfüllung des Sacheinlageversprechens richten sich nach der Art der auftretenden Mängel (§ 12) und der Art der Gewährleistung (§ 13). Bei erfüllten Voraussetzungen (§ 14) ergeben sich folgende Rechtsfolgen:

I. *Die Haftung des Inferenten für Mängel im Rechte.*

Da der Sacheinlagevertrag nicht gehörig erfüllt wird, indem der Gesellschaft die Sacheinlage kraft besseren, früheren Rechts entwehrt wird oder der Gesellschaft ihr Eigentum an der Sache durch ein subjektives Recht eines Dritten geschmälert wird, kann die G. m. b. H. zur Schadloshaltung Art. 97 OR (Nichterfüllung) anrufen. Es stehen der Gesellschaft folglich die Rechtsinstitute der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung offen.

Neben diesen allgemein-obligationenrechtlichen Bestimmungen verpflichtet die gesetzliche Rechtsgewährleistung den Inferenten bei der Fahrnissache zur richtigen Erfüllung des Sacheinlagevertrages. Er haftet also der Gesellschaft auch aus Art. 192 ff. OR für vorhandene Rechtsmängel, die er zu vertreten hat.

Verglichen mit Art. 97 OR gewähren Art. 192 ff. OR der Gesellschaft bessere Handhaben gegenüber dem Inferenten, indem sich hier der Sacheinleger nicht durch Exkulpation von den Rechtsfolgen befreien kann. Er haftet hier auch für Fahrlässigkeit. Art. 192 ff. OR bieten der Gesellschaft noch zwei weitere Vorteile, nämlich Erleichterungen im einzuschlagenden Verfahren [85]), und eingehendere Umschreibung der Wirkungen [86]). Letztere sollen nun in der Folge dargestellt werden, wobei aus Obigem festzuhalten ist, dass bei Eintritt aller Voraussetzungen es der Gesellschaft frei steht, wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung oder wegen Rechtsgewährleistungsansprüchen gegen den Inferenten vorzugehen. Uebrigens geht der Anspruch aus der Rechtsgewährleistung ebenso weit wie der Anspruch aus Nichterfüllung des Vertrages, da der Inferent ebenfalls für den weiteren Schaden haftet, falls er sich nicht exkulpieren kann.

In der *deutschen Literatur* findet die Haftung des Inferenten für Rechtsmängel der Sache verbreitete Behandlung. Auf Grund des BGB kennen aber die Schriftsteller keine besondere Gewährleistung des Inferenten für die Mängel im Rechte; einzig werden die Rechtsmängel mit den Erfüllungsmängeln in Einklang gebracht. Eine Beseitigung des

---

[85]) Art. 193 ff. OR.
[86]) vgl. Guhl S. 158.

Rechtsmangels [87]) vom Inferenten zu verlangen [88]), wird praktisch nicht möglich sein, da z. B. das eingebrachte Patent rückgängig gemacht wurde oder dingliche Rechte an der Sacheinlage haften. Es ist hier nicht zu übersehen, dass die Beseitigung der Rechtsmängel nicht eine vom Einleger ausschliesslich abhängige [89]) Handlung darstellt, weshalb praktisch im deutschen Recht nur die Rechtsfolgen der Nichterfüllung in Frage kommen können.

Die spärliche *schweizerische Literatur* hat diese Wirkungen im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag kaum behandelt: Kaufmann [90]) bestätigt, dass der Einleger für den Bestand von eingebrachten Rechten haftet. An Stelle der Sacheinlage trete hier ohne weiteres die Pflicht zur Ersatzleistung in Geld, falls die Sacheinlage entwehrt wird. Huber [91]), der die Aufhebung des Vertrages im Gebiete des Sacheinlageversprechens nicht anerkennt, bemerkt, dass die Sacheinlageverpflichtung in einem solchen Falle bestehen bleibt, die Leistungspflicht sich aber in Schadenersatz umwandle.

Diesen Ansichten könnte ohne weiteres zugestimmt werden, doch finde ich eine eingehende Untersuchung über die Wirkungen der Rechtsgewährleistung notwendig. Sie stellen sich verschieden, je nach dem Mass der fremden Eigentumsbehauptungen:

a) *Bei vollständiger Entwehrung* [92]) ist der Kaufvertrag laut Art. 195 OR als aufgehoben zu betrachten, wobei dem Käufer (Gesellschaft) folgende Ansprüche gegenüber dem Verkäufer (Sacheinleger) zustehen:

1. Rückerstattung des bezahlten Preises (Stammanteil),
2. Ersatz der für die Sache gemachten Verwendungen,
3. Ersatz der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Kosten, die durch die Streitverkündung vermieden worden wären,
4. Ersatz des sonstigen, durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schadens (negatives Vertragsinteresse),
5. Ersatz des weiteren Schadens, falls sich der Verkäufer (Sacheinleger) nicht exkulpieren kann.

Soll diese Bestimmung auf die Gesellschaftsverhältnisse übertragen werden, so muss man wieder unterscheiden, ob die Gesellschaft schon im Handelsregister eingetragen worden ist oder nicht:

---

87) BGB § 439, Abs. I.

88) Eine solche Rechtsfolge sehen Pleuss S. 51, Domm S. 70, Haux S. 119 vor.

89) vgl. Pleuss S. 53.

90) S. 111.

91) S. 53.

92) Ihr kommt die teilweise Entwehrung gleich, wenn die Gesellschaft den Vertrag nicht geschlossen hätte, sofern sie die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte.

aa) *Vor Eintrag der Gesellschaft* steht einer solchen Vertragsaufhebung nichts entgegen[93]), im Gegenteil ist es für die zukünftige G. m. b. H. von grossem Interesse, nur Sachgegenstände zu erhalten, die frei von jeglichen Rechtsmängeln sind, und falls solche bestehen, sich von einem derartigen Illationsvertrage zu lösen. In Frage gestellt wird dadurch natürlich der angestrebte Gesellschaftszweck: Kann dieser ohne die betreffende Sache nicht mehr erreicht werden, oder ist die Sacheinlage nicht anderweitig erhältlich, so hat ein Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister keinen Wert mehr, und die einfache Gesellschaft muss sich wieder auflösen.

bb) *Nach Eintrag der Gesellschaft* stehen der Vertragsaufhebung die Vorschriften des Gesellschaftsrechtes entgegen, indem dadurch das Gesellschaftskapital der in den Statuten vorgesehenen Deckung entbehren würde. Wie schon beim Verzuge und Unmöglichkeit der Sachleistung[94]) dargelegt, kann ein Rücktritt vom Vertrage wie die Vertragsaufhebung nur unter sehr schweren Bedingungen ausgeübt werden. Hiezu ist die Möglichkeit der Deckung des Stammkapitalausfalls durch einen über das Stammkapital hinausragenden Ueberschuss des Gesellschaftsvermögens notwendig oder dann die gleichzeitige Kapitalherabsetzung, sofern eine solche möglich ist. Können diese Voraussetzungen nicht erfüllt werden, so bleibt der Illationsvertrag bestehen, und es wird klar, dass hier die Rechtsgewährleistung nichts helfen kann. Es bleibt als einziger Ausweg der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung übrig, so dass ich für diesen Tatbestand, der den Regelfall bilden mag, zum gleichen Resultat wie Kaufmann und Huber komme.

Ein Schadenersatz wird aber nur in Geld geleistet, die versprochene Sacheinlage muss daher in Geldform erbracht werden. Und wenn der Sacheinleger nicht zahlungsfähig ist? Sein Stammanteil verbliebe ihm ungekürzt[95]), womit er die volle Nutzung seiner Mitgliedschaftsrechte behalten würde, obgleich er keinen entsprechenden Gegenwert in die Gesellschaft eingebracht hat. Auch hier kann die Gesellschaft für den nicht gedeckten Teil der Stammeinlage die Auszahlung von Gewinnen verweigern[96]) nach dem Grundsatze: Ohne Leistung keine Gegenleistung. Diese Lösung befriedigt auch hier nicht. Um diesem unhaltbaren Zustand ein Ende zu setzen, bleiben der Gesellschaft nur noch die schon in § 7 V behandelten Möglichkeiten (Auflösung der Gesellschaft, Austritt eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen, Ausschluss des betreffenden Sacheinlegers durch richterlichen Entscheid) offen.

---

[93]) Art. 531, Abs. 3 OR verweist auf die Vorschriften des Kaufvertragsrechts.

[94]) vgl. § 7 IV und § 10 II a. E.

[95]) d. h. der Stammanteil lautet auf den voll übernommenen Betrag, und nicht nur auf die geleistete Minimaldeckung.

[96]) Art. 804 OR.

b) *Bei teilweiser Entwehrung* bleibt der Kaufvertrag laut Art. 196 OR bestehen und der Käufer (Gesellschaft) kann nur den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Entwehrung verursacht wurde. Die Gesellschaft, der nicht das volle Eigentum an der Sache durch Dritte entzogen wird [97]), kann hier auf keinen Fall den Illationsvertrag aufheben. Der Stammanteil des Sacheinlegers bleibt weiterhin bestehen [98]), wobei auf Seite des Inferenten für die nicht gedeckte Stammeinlage kein Gewinnanspruch entsteht, auf Seite der Gesellschaft ein Schadenersatzanspruch für das entwehrte Eigentum, resp. Minderwert, sich bildet. Falls die Schadenersatzleistung in Geld vom Sacheinleger nicht erbracht werden kann, so beurteilen sich die weiteren Folgen nach den in § 7 V aufgestellten Grundsätzen (richterlicher Ausschluss des Sacheinlegers, resp. Herabsetzung der Einlage durch den Richter).

II. *Die Haftung des Inferenten für Sachmängel.*

Infolge der Sachgewährleistungspflicht des Inferenten steht der Gesellschaft die Wahl zwischen folgenden Gewährleistungswirkungen offen, sofern sie sich mit dem Rechte der G. m. b. H. vereinbaren lassen:

a) *Die Wandelung* bedeutet Rückgängigmachung des Kaufes [99]). Es ist die Aufhebung des Vertrages mit Zustimmung des Verkäufers, oder durch richterliche Verfügung [100]). Beide Parteien werden dadurch zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet.

Auf den ersten Blick stände einer solchen Herausgabe, resp. Einziehung eines Stammanteils, die Kapitalerhaltungspflicht der G. m. b. H. entgegen. Die Einziehung des Stammanteils hätte die Befreiung des Sacheinlegers von jeder Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft zur Folge [101]), womit den Gesellschaftsinteressen kaum gedient wäre, weshalb sie von diesem Standpunkt aus betrachtet, als unmöglich erklärt werden muss. Folgerichtig ist anzunehmen, dass der Ausübung des Wandelungsrechtes [102]) vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister keine Bedenken entgegen stehen [103]), da der Stammanteil des Sacheinlegers noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Mit der Eintragung hat die Gesellschaft jedoch eine feste, unwandelbare Form und Struktur

---

97) z. B. beschränkt dingliche Rechte oder im Grundbuch eingetragene persönliche Rechte entziehen nicht das volle Eigentum, sondern schränken dieses nur ein.

98) vgl. Egger, Bd. V., S. 534, Anm. 3.

99) Art. 208 OR.

100) vgl. Guhl S. 163.

101) vgl. Huber S. 51.

102) gleich wie Rücktritt vom Vertrage beim Verzuge und Unmöglichkeit der Leistung.

erlangt, weshalb Stammkapital und Stammanteile nur noch unter erschwerten Voraussetzungen abgeändert werden können, weil sich in ihnen die Grundlage der Gesellschaft verkörpert [103]).

In diesem Sinne verneint Huber [104]) die Anwendbarkeit der Wandelung auf den Illationsvertrag. Mit ihm will auch ein Teil der Literatur von dieser Möglichkeit nichts wissen. Ziehen wir aber unsere Betrachtungen über den Rücktritt vom Vertrage herbei, die an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden brauchen [105]), so muss doch eine grds. Möglichkeit dieser Anwendung anerkannt werden. Die Wandelung, zur Rückgabe der Apports führend, kann natürlich nicht ohne weiteres von der Gesellschaft verlangt werden. Sie wird dies schon von sich aus nur tun, wenn ihr nichts anderes übrig bleibt. Werden aber dabei keine gesellschaftsrechtlichen Vorschriften verletzt, dann ist kein Grund zu sehen, warum die Wandelung nicht gestattet sein sollte. Kaufmann [106]) kommt ebenfalls zu diesem Ergebnis, dass Wandelung unter gleichzeitiger Kapitalherabsetzung, falls die Gesellschaft dazu in der Lage ist, erlaubt sei. Es sei hier nochmals darauf verwiesen, dass die ausgeübte Wandelung nicht den Normalfall bilden wird, dass sie aber grds. verwendbar ist, besonders im Fall der Zahlungsunfähigkeit (Schadenersatz) des Inferenten.

Huber [107]) streift diese Möglichkeit auch noch kurz, indem er gegen die von Bergmann [108]) vertretene Ansicht, Wandelung sei auf dem Wege der Amortisation der Gesellschaftsanteile zulässig, Stellung nimmt. Er stützt sich dabei auf einen Verweis von Crisolli [109]), ohne aber eine nähere Begründung zu geben, warum das schweizerische Recht ein Amortisationsverfahren zwecks Wandelung nicht kennen soll. Es kann mit dem besten Willen aus dem OR kein solches Verbot herausgelesen werden, sofern dabei die Kapitalerhaltungspflicht der G. m. b. H. nicht berührt wird.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass Wandelung, und die damit verbundene Aufhebung des Illationsvertrages, mit Herausgabe der beiderseitigen Leistungen, grds. möglich ist, sofern die Gesellschaft den betreffenden Stammanteil gleichzeitig amortisieren kann.

Kann unter diesen Bedingungen eine Wandelung ausgeübt werden, so hat die Gesellschaft die Sacheinlage und den aus ihr inzwischen bezogenen Nutzen an den Inferenten herauszugeben. Dem Inferenten erwächst

---

103) vgl. Pleuss S. 42/43.
104) S. 51/52.
105) vgl. § 7 IV.
106) S. 112.
107) S. 51/52.
108) S. 82.
109) S. 243 und 247.

dadurch kein dingliches Recht an der Sache [110]), da das Eigentum nicht ohne weiteres an ihn zurückfällt. Hiezu ist die Rückübertragung der Sache erforderlich. Durch die Wandelung wird der Illationsvertrag beendet, zugleich entsteht aber ein neues Schuldverhältnis: die Pflicht zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, was im Zweifel Zug um Zug zu erfolgen hat.

Infolge der Wandelung geht, wie oben erwähnt, der Geschäftsanteil des Sacheinlegers unter. Die Gesellschaft hat dabei noch Anspruch auf Ersatz der Verwendungen und Kosten [111]) und des unmittelbaren Schadens [112]) und, falls sich der Inferent nicht exkulpieren kann, des Erfüllungsinteresses. Es sind dies die gleichen weiteren Rechtsfolgen, wie sie beim Rücktritt vom Vertrage eintreten.

Von Vorteil für die Gesellschaft ist ebenfalls die Bestimmung des Art. 207 OR, wonach die Gesellschaft bei vorhandenen Mängeln dann immer noch Wandelung verlangen darf, wenn die Sache durch Zufall oder infolge ihrer Mängel untergegangen ist. Der Zeitpunkt des Untergangs der Sache (vor oder nach Klageanhebung, vor oder nach dem Urteil) übt hiebei keinen Einfluss aus. Der Inferent hat diesen Schaden auch dann zu tragen, wenn die Sache bei ihm von diesem Zufall nicht betroffen worden wäre [113]). Eine solche Regelung muss als billig angesehen werden, da die Gesellschaft infolge der Mangelhaftigkeit keinen Nutzen von der Sache ziehen konnte. Ging die Sache unter, und wird Wandelung ausgeübt, so braucht die Gesellschaft nur noch das herauszugeben, was ihr von der Sache verblieben [114]) ist. Die Wandelung kommt auch hier praktisch nur vor, wenn der Sacheinleger keinen Schadenersatz leisten kann.

Keine Geltung hat diese Bestimmung da, wo der Untergang der Sache auf ein Verschulden der Gesellschaft zurückzuführen ist. Gleiches gilt für die Veräusserung der Sacheinlage durch die G. m. b. H. Diese Veräusserung wird in der Praxis wohl nicht vorkommen, da nur solche Sacheinlagen Gegenstand der Kapitalzusammensetzung sein sollten, die dem Gesellschaftszwecke irgendwie dienlich sind. Mangels einer solchen Gesetzesbestimmung besteht theoretisch aber die Möglichkeit einer Weiterveräusserung. Zeigen sich nach einem solchen Verkauf heimliche Mängel an der Sache, und wird sie vom zweiten Käufer wieder zurückgegeben, so ist die Gesellschaft wiederum im Besitze der Sache und Abs. 3 wird verdrängt von Abs. 1 und 2 des Art. 207 OR. In diesem Falle

---

110) vgl. Jäger S. 106.
111) z. B. Untersuchungskosten, Prozesskosten.
112) vgl. BGE 63 II 401.
113) vgl. Jäger S. 99.
114) Art. 207, Abs. 2 OR.

muss der Gesellschaft das Wandelungsrecht gegenüber dem Sacheinleger zustehen [115]).

Der Veräusserung ist die Belastung der Sacheinlage mit dinglichen Rechten Dritter gleichzustellen. Eine Wandelung hängt von deren Beseitigung ab [116]).

Laut Art. 207, Abs. 3 geht das Wandelungsrecht auch verloren bei Umgestaltung der Sache. Von der Umgestaltung ist jedoch eine Verarbeitung auszunehmen, welche die Sache nur wenig verändert, oder zum Zwecke der Beseitigung der Mängel vorgenommen wurde. Keine Umgestaltung ist auch die wieder erfolgte Rückverwandlung in den ursprünglichen Zustand der Sache [117]).

Ging die Sache folglich unter durch Verschulden der Gesellschaft, nach ihrer Weiterveräusserung oder nach Umgestaltung, so ist keine Wandelung mehr möglich. Jedoch bleibt ein Schadenersatzanspruch für den durch die Mängel verursachten Minderwert bestehen.

Wo der Richter eine Wandelung als ungerechtfertigt oder unbillig betrachtet [118]), muss von dieser Rechtsfolge Abstand genommen werden. Nach Wahl stehen der Gesellschaft aber, wie eingangs erwähnt, noch andere Wirkungen der Sachgewährleistung offen:

b) *Die Minderung* geht nicht wie die Wandelung auf Aufhebung des Vertrages [119]), sondern lässt im Gegenteil den Illationsvertrag bestehen [120]). Ihr Ziel ist die Beseitigung der durch die Sachmängel entstandenen Benachteiligung der Gesellschaft. Der Wert des verliehenen Stammanteils soll mit dem wahren Wert der Sacheinlage in Einklang gebracht werden, resp. der Minderwert der eingebrachten Sache soll durch eine Ersatzleistung in Geld wettgemacht werden.

Im Gegensatz zur Wandelung kann die Minderung auch ausgeübt werden, wenn die Gesellschaft den Sachgegenstand weiter veräussert oder verarbeitet hat. Aus einer solchen Disponierung kann nicht auf den Verzicht der Minderungsklage geschlossen werden.

Wählt die Gesellschaft die Minderung [121]), so hat sie Anspruch auf Ersatz des Minderwertes der Sacheinlage, wobei Stammanteil und Sachgegenstand beim Inferenten, resp. bei der G. m. b. H. verbleiben. Ausser-

[115]) vgl. Hafner, Art. 254 a. OR, Anm. 6.
[116]) vgl. Hafner, Art. 254 a. OR, Anm. 6.
[117]) vgl. Jäger S. 101.
[118]) Art. 205, Abs. 2 OR.
[119]) vgl. Huber S. 52.
[120]) vgl. Guhl S. 163 und Egger, Bd. V, S. 534, Anm. 3.
[121]) Art. 205 OR.

dem hat die Gesellschaft unter Umständen noch Anrecht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung [122]).

Da durch die Minderung der Illationsvertrag nicht rückgängig gemacht und folglich am Stammkapital auch nichts verändert wird, ist die Ausübung dieses Wahlrechts der Gesellschaft ohne weiteres gestattet. Es stehen keine gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen dagegen. Der Ersatz des Minderwertes, der durch den Inferenten in Geld zu leisten ist, verwandelt sich, wie schon oft betont, nicht in eine Bareinlage; das Geld bildet nur eine Surrogatleistung des Sacheinlagevertrages. Die Leistung dieses Schadenersatzes führt zur Volliberierung des Stammanteils [123]). Auch Huber [124]) anerkennt die Anwendungsmöglichkeit der Minderungsklage. Er unterscheidet jedoch zwei Formen der Minderung, nämlich eine Preisminderung, sowie den Ersatz des Minderwertes. Da das letztere Vorgehen sich dem Schadenersatz nähere, liege kein Grund zur Nichtanwendung vor, während die Preisminderung wegen ihrer Herabsetzung der Stammeinlage nicht anwendbar sei.

Dieser Ansicht schliesse ich mich ohne weiteres an, denn nur durch Einzahlung, resp. Einbringung kann das Stammkapital gedeckt werden. Diese Preisminderung käme einem Erlass der Stammeinlage gleich, der durch Art. 798 OR verboten ist. An gleicher Stelle wird jedoch auf eine Ausnahme aufmerksam gemacht, auf diejenige der gleichzeitigen Kapitalherabsetzung. So ist z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des Sacheinlegers eine solche Minderung unter den bekannten Bedingungen denkbar, jedoch nur für grössere, den Stammkapitaleinheiten entsprechende Beträge. Kleinere Mängelschäden aber können nur durch Ersatz des Minderwertes gedeckt werden.

Wie auch bei der Wandelung verneint der grösste Teil der deutschen Literatur die Anwendbarkeit der Minderung auf den Illationsvertrag. Dagegen sprechen sich z. B. Schuncke (S. 21), Haux (S. 121) und Pleuss (S. 43) u. a. m. aus. Brodmann [125]), Neukamp-Becker [126]) sowie Domm [127]) sehen dagegen eine Vergütung der Differenz zwischen dem Werte der Volleistung und demjenigen der möglichen Teilleistung (Minderwert) vor. Pleuss [128]) erwähnt diese Möglichkeit nur kritisch. Letztere führen aus, dass diese Nachzahlung, bei der das Stammkapital nicht herabgesetzt werden muss, nur auf freiwilliger Basis möglich sei, da keine Pflicht

---

[122]) In diesem Sinne Art. 97 OR, BGE 63 II 405 und Guhl S. 162; anderer Meinung sind Schneider-Fick, Nr. 4 zu Art. 249 a. OR und ZbJV 40, S. 352.
[123]) vgl. Kaufmann S. 112.
[124]) S. 52.
[125]) S. 38, Anm. 5 zu § 5.
[126]) S. 30, Anm. 9 zu § 5.
[127]) S. 62, 63, 78.
[128]) S. 44/45.

zur Leistung der Sacheinlage in Geld bestehe. Das deutsche BGB [129]) konstruiert eben die Minderungsklage gleich wie die Wandelungsklage; durch die Rückgängigmachung des Vertrages tritt kein Ersatz des Minderwertes ein, sondern eine Preisherabsetzung [130]).

Die Minderungsklage ist ausgeschlossen [131]), falls der geforderte Minderwert den Betrag des Stammanteils erreicht. Hier darf der Richter nur auf Wandelung erkennen. Kann in einem solchen Falle die Wandelung aus gesellschaftsrechtlichen Rücksichten nicht durchgeführt werden, so bleibt der Gesellschaft wieder nichts anderes übrig, als vom Richter den Ausschluss des betreffenden Sacheinlegers zu verlangen, wobei eine gleichzeitige Kapitalerhöhung, resp. -herabsetzung, notwendig würde.

Was nun endlich die Berechnungsmethode des Minderwertes betrifft, so sei auf die Beschreibung der verschiedenen Theorien bei Jäger [132]) verwiesen, und der Vollständigkeit halber die Berechnung nach der Gerichtspraxis erwähnt, wie sie Guhl auf S. 163 festhält: „Der Richter schätzt den Wert der Kaufsache (Sacheinlage) sowohl unter Voraussetzung der Mängelfreiheit als auch der im Einzelfall festgestellten Mangelhaftigkeit. Diese beiden Wertungen stehen in einem bestimmten zahlenmässigen Verhältnis zueinander, z. B. $^3/_4$, $^2/_3$ oder $^1/_2$ der mängelfreien Ware. Im gleichen Verhältnis wird dann der Kaufpreis (Anrechnungspreis) herabgesetzt, und diese Differenz bedeutet den vom Verkäufer (Sacheinleger) zu ersetzenden Minderwert". Dadurch findet eine proportionale Herabsetzung des Anrechnungspreises der Sacheinlage statt, wobei der subjektive Wert des Illationsvertrages (z. B. günstiger Einbringungspreis) berücksichtigt bleibt.

c) *Nachlieferung mängelfreier Ware.* Der Gesellschaft wäre, dem Sinne des Sacheinlageversprechens nachlebend, mit der Rückgabe der mangelhaften Sache und Nachlieferung währhafter Ware weitaus am besten gedient. Der Gesetzgeber hat diesem Postulat in Art. 206 OR Rechnung getragen. Diese Bestimmung gibt der Gesellschaft Anspruch auf eine Ersatzleistung in natura, jedoch nur für vertretbare Waren. Der Illationsvertrag wird auf diese Weise mit mängelfreier Ware erfüllt, ohne dass dadurch ein neuer Vertrag entstehen würde. Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, ob der Sachfehler ein grosser oder nur ein kleiner ist [133]), es gibt durchwegs das Recht auf Nachlieferung vertragskonformer Ware.

[129]) §§ 462 und 465.
[130]) vgl. den Hinweis auf den Fortschritt unserer Gesetzgebung im Text zu Anm. 100 (1. Kap.).
[131]) Art. 205, Abs. 3 OR.
[132]) S. 112/14.
[133]) vgl. Jäger S. 116.

Dieses Wahlrecht kann nur ausgeübt werden, wenn die Gesellschaft noch in der Lage ist, die erhaltene, mit Mängeln behaftete Einlage, wieder zurückzugeben. Liefert der Sacheinleger die mangelfreie Sache nicht innert der im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Zeit, so kann er durch Mahnung der Gesellschaft in Verzug gesetzt werden, worauf die Gesellschaft nach Massgabe der Verzugsfolgen ihre Rechte wahren kann.

Es sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass die Möglichkeit der Nachlieferung mängelfreier Ware dem Inferenten auch von sich aus zusteht, damit er eventuellen Wandelungs-, Minderungs- oder Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft zuvorkommen kann. Praktisch wird ihm die Gesellschaft dies gerne gewähren, liegt diese Nachlieferung doch in ihrem eigenen Interesse. Rechtlich hat jedoch der Sacheinleger zu dieser Handlung nur Anspruch, wenn der Illationsvertrag ein Platzgeschäft bildet. Hier kann sich der Inferent von Gesetzes wegen durch sofortige Lieferung währhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von allen weiteren Ansprüchen der Gesellschaft befreien[134]). Im Distanzgeschäft steht diese Möglichkeit dem Inferenten rechtlich nicht zu.

d) *Weitere Rechtswirkungen.* Gleich wie bei der Rechtsgewährleistung besteht bei der Sachgewährleistung für die G. m. b. H. neben den oben besprochenen Rechtswirkungen (a und b) auch die Möglichkeit, aus schuldhafter nicht gehöriger Erfüllung des Sacheinlageversprechens Schadenersatz vom Einleger zu fordern[135]). Dieser Weg, an Stelle oder als Eventualbegehren neben den besprochenen Rechtsfolgen (a und b), wird bei gegebenen Voraussetzungen durch konstante Gerichtspraxis[136]) erlaubt, während anderseits eine Anfechtung des Illationsvertrages wegen Willensmängel nach Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister stets als unzulässig erkannt wurde[137]).

§ 16. Die Haftung für den wahren Wert der Sacheinlage

Die Sacheinlagen sollen wie die Bareinlagen volle Deckung des Stammkapitals herbeiführen. Damit die ersteren in der Tat eine Volliberierung des Stammanteils darstellen, müssen sie zu ihrem wirklichen und wahren Werte angerechnet werden. Durch die grosse Mannigfaltigkeit der Sacheinlagen und ihrer besonderen Naturen[138]) wird eine objektive Bewertung oft schwer. Ueberbewertungen kommen aber nicht nur einer Nichtdeckung der Stammeinlage gleich, sondern bilden auch eine grosse

---

134) Art. 206, Abs. 2 OR.
135) vgl. Guhl S. 164.
136) BGE 41 II 736, 56 II 424, 58 II 207, 63 II 405.
137) z. B. BGE 51 II 177.
138) z. B. bei Patenten.

Gefahr für die Gesellschaftsgläubiger, die der Gesellschaft auf Grund ihres Stammkapitals Kredite einräumten. Man darf daher die Bewertung der Sacheinlage als eines der wichtigsten, wenn nicht des wichtigsten Geschäftes bei der Gesellschaftsgründung bezeichnen.

Die Ermittlung des wahren Wertes ist nicht leicht. Bei Gattungswaren entscheidet sicher der Marktpreis [139]), in allen andern Fällen muss er aber unter sorgfältiger Prüfung, einschliesslich der Berücksichtigung erkennbarer Mängel, von den Gründern in guten Treuen festgesetzt werden. Eine amtliche Nachprüfungspflicht besteht hiefür nicht, lediglich versucht Art. 778 OR [140]) die Gefahr der Ueberbewertung einzudämmen: er schreibt vor, dass die Bewertung der Sacheinlage und deren Anrechnung in den Statuten aufzunehmen sind. Wie Huber [141]) treffend bemerkt, bedeutet dies nicht bloss eine einfache Wertangabe, sondern es ist ausdrücklich Aufschluss über die Bewertung zu geben.

Steht nun eine solche Ueberbewertung der Sacheinlage fest, so ist es, wie schon in der Einleitung erwähnt, hier nicht die Aufgabe, das Verhältnis Gesellschaft — Gesellschaftsgläubiger zu untersuchen [142]), sondern es interessiert hier vielmehr, ob die Gesellschaft gegenüber dem Sacheinleger Haftungs- und Schadenersatzansprüche besitzt, und wer die Folgen der Nichtdeckung des Stammkapitals zu tragen hat. M. a. W. lautet die Frage: Muss der Inferent der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern für die Vollwertigkeit seiner Apports einstehen oder geht das Risiko der Minderwertigkeit auf die Gesellschaft, und damit auf alle Gesellschafter über?

Eine Haftung des Sacheinlegers für den wahren Wert seiner Einlage ist im Gesellschaftsrechte nicht vorgesehen. Ebensowenig besteht eine allgemeine, für den Veräusserer geltende Vorschrift, dass letzterer gegenüber dem Käufer eine gesetzliche Haftung für den wirklichen Wert des Kaufgegenstandes zu übernehmen habe. Es unterliegt somit keinem Zweifel, dass der Inferent von jeglicher Haftung für den wahren Wert befreit ist. Das Risiko einer allfälligen Minderwertigkeit der Sache geht somit auf die Gesellschaft über, d. h. alle Gesellschafter haben für den Minderwert nach Massgabe ihrer Anteile aufzukommen.

Diese Regelung ist durchaus richtig. Indem die Gründer selbst die Bewertung der Sacheinlage vornehmen können, nachdem sie sich weitgehend orientieren lassen und den Gegenstand prüfen konnten, ist es ihre

---

[139]) vgl. Kaufmann S. 108.

[140]) Ueber die Entstehungsgeschichte des Art. 778 vgl. Huber S. 78/9.

[141]) S. 79.

[142]) vgl. hiezu Schoch S. 52; Fanconi S. 47, von Braun S. 33; Molitor S. 45; Gegenbauer S. 49.

Pflicht, den bei einer Gesellschaftsgründung herrschenden Optimismus durch sorgfältige Bewertung der Sacheinlage zu dämpfen.

Da sich der Gesellschaftsvertrag — entgegen dem gewöhnlichen Kaufvertrag — auf einem engen Vertrauensverhältnis der Vertragschliessenden [143]) aufbaut, hat der Inferent gegenüber seinen Mitgründern eine weitgehende Aufklärungspflicht. Verletzt er diese, indem er z. B. arglistig die objektive Bewertung hintertreibt, so dass eine für ihn günstige Ueberbewertung herausschaut, dann allerdings, aber auch nur in diesem Falle, haftet er für seine Arglist aus Art. 199, 203 und 210 OR. Hier stehen der Gesellschaft Ersatzansprüche für die Ueberwertung [144]) zu.

Haben andere Gründer an der Ueberbewertung schuldhaft mitgewirkt, indem sie Sacheinlagen unrichtig oder unvollständig angegeben, verschwiegen oder verschleiert haben, unrichtige Angaben machten, oder unrichtige Urkunden bei der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister vorwiesen, so unterstehen sie der Gründerhaftung des Art. 753 OR, der laut Art. 827 OR auch für die Verhältnisse der G. m. b. H. Geltung hat [145]).

Kaufmann [146]) will bei Ausbleiben der Ersatzleistung der Gesellschaft das Kaduzierungsrecht zuerkennen. Wie in § 7 Vc schon dargestellt wurde, steht dieses Recht der Gesellschaft nur bei Bareinlagen zu. Bei Sacheinlagen ist für die Kaduzierung der richterliche Entscheid notwendig, wobei hiefür gleichzeitig ein Kapitalherabsetzungsverfahren eingeleitet werden muss, oder wobei der Minderwert aus einem das Stammkapital überragenden Gesellschaftsvermögen gedeckt werden muss.

§ 17. Das Verhältnis der verschiedenen Klagen unter sich und deren Verjährung

I. *Das Verhältnis der Klagen unter sich.*

a) *Bei Rechtsmängeln* steht es der Gesellschaft frei, entweder wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung [147]) den Sacheinleger einzuklagen, oder aber die Wirkungen der Rechtsgewährleistung in Anspruch zu nehmen. Voraussetzung für beide Wege sind die gegebenen Tatbestände. Beide Klagen zugleich zu erheben ist ausgeschlossen.

---

143) Kaufmann S. 112.

144) z. B. wissentlich falsche Angaben über den Absatz einer eingebrachten Brauerei vgl. BGE 34 II 24.

145) vgl. Egger in SJZ 34, S. 198 und BGE 33 II 251. (Ueberbewertung von Grundstücken und Scheinkäufe bei der Gründung einer Terrain-AG.)

146) S. 113.

147) Art. 97 ff. OR.

b) *Bei Sachmängeln* hat die Gesellschaft wieder ein Wahlrecht, nämlich zwischen den Klagen auf Nachlieferung währhafter Ware, Minderung oder Wandelung. Wie aus Art. 205 OR hervorgeht, steht es dem Richter frei, bei gestellter Wandelungsklage bloss auf Ersatz des Minderwertes zu erkennen, wenn die Umstände es nicht rechtfertigen würden, den Illationsvertrag rückgängig zu machen. Umgekehrt darf die Gesellschaft nur Wandelung verlangen, wenn der geforderte Minderwert (Minderungsklage) den Betrag der Sacheinlage erreicht. Ob diese genannten Gewährleistungsfolgen im einzelnen Falle mit den Vorschriften des Gesellschaftsrechtes vereinbar sind, ist stets besonders zu untersuchen.

Wie schon früher dargestellt, kann an Stelle der Sachgewährleistung für die Mängel der Einlage die Klage wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung erhoben werden [148]). Darf diese Schadenersatzklage aus Art. 97 OR auch neben den Sachgewährleistungsklagen geführt werden? Für die Wandelungsklage ist diese Kumulierung der Ansprüche auf keinen Fall gegeben [149]), da die Wandelung [150]) schon selbst Schadenersatz für das positive Vertragsinteresse in sich schliesst [151]). Mit den andern Klagen lassen die Gerichtspraxis [152]) und die Kommentatoren [153]) eine Kumulierung der Schadenersatzklage aus Art. 97 OR zu. Die Schadenersatzklage verhilft der Gesellschaft zum vollen Ersatz der durch die Sachmängel verursachten Schäden im weitesten Sinne. Sie wird deshalb immer dann gestellt werden, wenn die Klagen auf Minderung oder Nachlieferung währhafter Ware der Gesellschaft nicht genügenden Ersatz für die Mängelfolgen zu bieten vermögen [154]).

Wird die Gesellschaft nach Art. 205 OR mit der Wandelungsklage abgewiesen, so kann sie immer noch den nicht gedeckten und vom Inferenten verschuldeten Schaden mit der Schadenersatzklage aus Art. 97 OR einfordern. Es ist deshalb von Anfang an ratsam, die Schadenersatzforderung bei Anhebung der Wandelungsklage als Eventualpetit einzureichen, um nicht ein zweites Mal Klage anstrengen zu müssen.

Statt oder als Eventualbegehren neben der Wandelungs- und Minderungsklage kann der Käufer nach der Gerichtspraxis [155]) auch noch die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages wegen Willensmängel ver-

---

[148]) vgl. BGE 63 II 401 und ZbJV 40, S. 353.
[149]) vgl. BGE 58 II 210.
[150]) Art. 208, Abs. 3 OR.
[151]) vgl. ZbJV 36, S. 70.
[152]) BGE 26 II 338, 41 II 726, 58 II 210.
[153]) vgl. Becker, Art. 205, Abs. 2; Oser-Schöneberger Art. 197, Anm. 2b und 6, Art. 205, Anm. 16.
[154]) vgl. Jäger S. 125.
[155]) vgl. Guhl S. 164.

langen. Für eingetragene Gesellschaften jedoch wird dieser Weg nicht gegeben [156]).

Die Konkurrenz all dieser Klagen hat nicht zur Folge, dass die besonderen Vorschriften über die Mängelrüge und die Verjährungsfristen beseitigt würden. Es gelten stets die kürzesten [157]) Anzeige- und Verjährungsfristen, und zwar für alle Klagen (vgl. II unten).

II. *Die Verjährungsfristen der behandelten Klagen.*

Hier sei die Feststellung vorausgeschickt, dass auch bei Einhaltung der Verjährungsfristen unter Umständen die Klagen abgewiesen werden müssen, nämlich dann, wenn ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so z. B. bei verspäteter Mängelrüge. Umgekehrt schützt auch die rechtzeitig erhobene Mängelrüge nicht vor der Verjährung, doch bleiben hier die Einreden [158]) wegen Mängel der Sache weiter bestehen [159]). Wurde dagegen die Klage rechtzeitig anhängig gemacht, so kann auch nach Ablauf der Verjährungsfrist der Prozess weiter geführt werden. Dabei ist vom Standpunkt auszugehen, dass die Anhebung einer Klage auch als Unterbrechungsgrund für die Verjährung der übrigen Klagen gelten muss [160]). Ist die Verjährung einmal eingetreten, so hat die Gesellschaft ausser den Einreden keine Möglichkeit mehr, ihre Rechte aus der Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers auszunutzen, obwohl die Gewährleistungspflicht, da sie unbefristet ist, weiter bestehen bleibt. Schützt der Sacheinleger eingetretene Verjährung vor, so hat er diese selbst zu beweisen [161]), macht er sie nicht geltend, so kann der Richter die Klage der Gesellschaft gutheissen, da er die Verjährung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen hat [161]). Endlich kann nach Art. 141 OR der Inferent vertraglich auf die Geltendmachung einer Verjährung verzichten oder doch vertraglich andere als die im Gesetz vorgesehene Verjährungsfristen zugestanden haben [162]).

Die Klagen aus der *Sachgewährleistung* verjähren nach Jahresfrist seit der Ablieferung der Sacheinlage, d. h. seit jenem Zeitpunkte, in welchem die Gesellschaft die tatsächliche Gewalt über die Sache erhält und eine Prüfung vornehmen kann [163]). Da diese Fristen vom Zeitpunkt der

---

[156]) vgl. BGE 49 II 497 und Weiss, Art. 23 OR, Anm. 3972 und ZbJV 50, S. 335 und 53, S. 506.
[157]) vgl. BGE 63 II 401.
[158]) z. B. keine Gewinnauszahlung für den Minderwert.
[159]) Art. 210, Abs. 2 OR.
[160]) vgl. § 477, Abs. 3 BGB.
[161]) vgl. Art. 142 OR und Art. 8 ZGB.
[162]) Art. 210 OR.
[163]) vgl. Schneider, Art. 257 a. OR, Anm. 5.

Ablieferung an zu laufen beginnen, stehen sie in keiner Abhängigkeit mit dem Zeitpunkt der Entdeckung der Mängel. Diese Loslösung wurde vom Gesetzgeber nicht als Strafe für den untätigen Käufer (Gesellschaft) vorgesehen. Sie dient vielmehr der Sicherung [164]) und der Vereinfachung des Verkehrs.

Was die Schadenersatzklage aus Art. 97 OR betrifft, so gilt hier keine von den Sachgewährleistungsklagen abweichende Frist, wie aus dem Gesetze geschlossen werden könnte. Sie unterliegt ebenso nach der Bundesgerichtspraxis [165]) der kurzen Verjährungsfrist von einem Jahre. Da sie selbst nur eine Folge [166]) der vorhandenen Mängel ist, soll sie keine Besserstellung des Käufers (Gesellschaft) zur Folge haben [167]).

Die Klagen aus der *Rechtsgewährleistung* sind mangels besonderer Bestimmungen an die gewöhnliche Verjährungsfrist von 10 Jahren seit Ablieferung der Sache [168]) gebunden.

Eine besondere Verjährungsfrist wird vom Gesetze aufgestellt für die übernommene *Gewährleistung betr. Mängel eines Hauses.* Hier verjährt die Klagefrist nach 5 Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet [169]).

Die *Haftung für arglistig verschwiegene Mängel* muss einer strengeren Verjährungsregelung unterliegen. Eine Verjährung dieser Haftung tritt nicht schon nach Jahresfrist seit Erbringung der Sacheinlage ein, sondern erst nach 10 Jahren [170]).

---

[164]) vgl. Jäger S. 130.
[165]) z. B. BGE 11, 56; 17, 47.
[166]) vgl. Jäger S. 130.
[167]) vgl. I oben a. E.
[168]) Art. 127 OR.
[169]) Art. 219, Abs. 3 OR.
[170]) Art. 210 OR.

Schlusswort

Die vorliegende Arbeit darf als eine gewagte bezeichnet werden, denn sie behandelt ausschliesslich solche gesellschaftsrechtliche Institute, über die noch wenig, überhaupt nicht oder dann mit sehr verschiedenen Meinungen geschrieben wurde. Vorerst handelt es sich einmal darum, festzustellen, ob der Gesetzgeber für die Einlage von Sachgegenständen die volle Deckung des Stammanteils zur Zeit der Gesellschaftsgründung zwingend vorschreibt, oder ob er Sach- wie Bareinlagen der gleichen Vorschrift einer Minimaldeckung unterstellt. Trotz vieler gegensätzlicher Meinungen der Literatur verlangt m. E. das Gesetz auch für Sacheinlagen nur eine Mindestleistung vor Eintrag der Gesellschaft m. b. H. im Handelsregister. Bei teilbaren Sacheinlagen und gemischten Einlagen kann nach dieser Auffassung somit ein späterer Verzug und Unmöglichkeit der Sachleistung Wirklichkeit werden. Das zog zwingend eine weitere Frage nach sich, wie sich denn in einem solchen Falle die Gesellschaft gegenüber dem Sacheinleger wehren könne? Das Recht der G. m. b. H. trifft hiefür keine Regelung, es enthält daher, wenn nicht gerade Lücken, so doch Stellen, wo man mit Recht gegenteiliger Ansicht sein kann. Die G. m. b. H. wurde als neue Gesellschaftsform in unser OR aufgenommen und weist gegenüber ausländischen Rechten viele und weittragende Neuerungen auf. Die Dynamik des Rechtes jedoch verlangt immer wieder neue Verbesserungen, erneute Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse. Bei einer späteren Revision des G. m. b. H.-Rechtes sollte daher auch an eine eingehendere Behandlung der Sacheinlagen gedacht werden, dann würde wiederum eine Streitfrage mehr aus der Welt geschafft.

Für die weitere Untersuchung dieses Falles liess ich mich von der berechtigten Auffassung leiten, warum denn Sacheinlagen, wenn sie schon wie Geldeinlagen nicht von allem Anfang an voll gedeckt erbracht werden müssen, nicht ähnlich den Bareinlagen geregelt sein sollten. Die Rechtsfolgen der Bareinlagen lassen sich laut ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht auf die Sacheinlagen ausdehnen und doch ist eine Regelung, die den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen entspricht, notwendig. Es musste daher noch ein Schritt gewagt werden: der Vergleich vom einseitigen Einlageversprechen auf den zweiseitigen Vertrag, der gewiss den allg. juristischen Ueberlegungen widerspricht. Und doch lassen sich bei näherem Untersuchen so viele gemeinsame Naturen beider Rechtsverhältnisse finden, so dass ich zum Schlusse komme, dass auch hier eine Ausnahme von der Regel gemacht werden darf, wie z. B. bei der Stiftung mit Auflage.

Die Regeln des zweiseitigen Vertrages lassen sich, weil es sich nur um einen Vergleich handelt, nur beschränkt anwenden: immer nur dann und so, wann und wie es die speziellen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes und seines Zweckes zulassen. Es wurden daher Modifikationen unumgänglich; grds. darf aber gesagt werden, dass sie immer verwendet werden dürfen, wenn es in der Macht der Gesellschaft steht, eine gleichzeitige Kapitalherabsetzung, eventuell mit Heraufsetzung, durchzuführen, oder wenn die Kapitalausfälle durch vorhandenes Gesellschaftsvermögen gedeckt werden können.